

LEGAL AUTHORITY CA-128

Black's Law Dictionary (11th ed. 2019), frivolous

FRIVOLOUS

Bryan A. Garner, Editor in Chief

[Preface](#) | [Guide](#) | [Legal Maxims](#) | [Bibliography](#)

frivolous *adj.* (15c) **1.** Lacking in high purpose; trifling, trivial, and silly. <the frivolous play of children>. **2.** Lacking a legal basis or legal merit; manifestly insufficient as a matter or law. <a frivolous claim>. — **frivolity**, *n.* (sense 1). — **frivolousness**, *n.* (sense 2).

Westlaw. © 2019 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.

End of Document

© 2020 Thomson Reuters. No claim to original U.S. Government Works.

LEGAL AUTHORITY CA-129

Black's Law Dictionary (11th ed. 2019), abusive

ABUSIVE

Bryan A. Garner, Editor in Chief

[Preface](#) | [Guide](#) | [Legal Maxims](#) | [Bibliography](#)

abusive (ə-**byoo**-siv) *adj.* (16c) **1.** Characterized by wrongful or improper use <abusive discovery tactics>. **2.** (Of a person) habitually cruel, malicious, or violent; esp., using cruel words or physical violence <abusive parent>. — **abusively**, *adv.*

Westlaw. © 2019 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.

End of Document

© 2020 Thomson Reuters. No claim to original U.S. Government Works.

LEGAL AUTHORITY CA-130

PCA CASE NO. 2010-17:

IN THE MATTER OF AN ARBITRATION UNDER THE AGREEMENT BETWEEN
THE REPUBLIC OF AUSTRIA AND THE CZECH AND SLOVAK FEDERAL
REPUBLIC CONCERNING THE PROMOTION AND PROTECTION OF
INVESTMENTS, DATED 15 OCTOBER 1990

-and-

THE ARBITRATION RULES OF THE UNITED NATIONS COMMISSION ON
INTERNATIONAL TRADE LAW, 15 DECEMBER 1976

-between-

EUROPEAN AMERICAN INVESTMENT BANK AG (AUSTRIA)

(“Claimant”)

-and-

THE SLOVAK REPUBLIC

(“Respondent,” and together with the Claimant, the “Parties”)

AWARD ON COSTS

Arbitral Tribunal

Sir Christopher Greenwood (Presiding Arbitrator)
Professor Brigitte Stern
Dr. Dr. Alexander Petsche

Secretary to the Tribunal

Mr. Martin Doe

Registry

Permanent Court of Arbitration

20 August 2014

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION.....3

A. PARTIES.....3

B. PROCEDURAL HISTORY3

II. COSTS INCURRED7

A. THE COSTS OF THE TRIBUNAL.....7

B. THE COSTS INCURRED BY THE PARTIES8

III. THE PARTIES’ ARGUMENTS.....10

A. APPLICABLE RULES AND PRACTICE.....10

 1. The Claimant 10

 2. The Respondent 10

B. APPORTIONMENT OF COSTS FOR PHASE 1.....11

 1. The Claimant 11

 2. The Respondent 12

C. APPORTIONMENT OF COSTS FOR PHASE 2.....13

 1. The Claimant 13

 2. The Respondent 14

D. THE DISPARITY BETWEEN THE PARTIES’ COST CLAIMS.....14

 1. The Claimant 14

 2. The Respondent 15

E. THE RELIEF REQUESTED BY THE PARTIES15

IV. THE TRIBUNAL’S ANALYSIS.....16

A. APPLICABLE RULES AND PRACTICE.....16

B. ARTICLE 40(1): COSTS OF THE TRIBUNAL18

C. ARTICLE 40(2): COSTS OF LEGAL ASSISTANCE AND REPRESENTATION.....19

V. DISPOSITIF23

I. INTRODUCTION

A. PARTIES

1. The Claimant in this arbitration is the European American Investment Bank Aktiengesellschaft (the “Claimant” or “Euram Bank”), a company established under the laws of Austria with its registered office at Palais Esterházy, Wallnerstrasse 4, 1010 Vienna, Austria. The Claimant is represented in these proceedings by:

Dr. Erhard Böhm, Specht Böhm Rechtsanwalt GmbH

Mr. Stanislav Durica, Ružička Csekcs.

2. The Respondent in this arbitration is the Slovak Republic (the “Respondent” or the “Slovak Republic” or “Slovakia”). The Respondent is represented in these proceedings by:

Ms. Andrea Holíková, Ministry of Finance of the Slovak Republic

Mr. Mark A. Clodfelter, Foley Hoag LLP

Mr. David A. Pawlak, David A Pawlak LLC

Mr. Constantinos Salonidis, Foley Hoag LLP

Ms. Diana Tsutieva, Foley Hoag LLP.

B. PROCEDURAL HISTORY

3. By Notice of Arbitration and Statement of Claim dated 23 November 2009, Euram Bank commenced arbitration proceedings against the Slovak Republic, pursuant to Article 8(2) of the Agreement between the Republic of Austria and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Promotion and Protection of Investments, dated 15 October 1990 (the “BIT”) and Article 3 of the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, 15 December 1976 (“UNCITRAL Rules”).
4. The procedural history of the case is set out in detail in the Tribunal’s First Award on Jurisdiction of 22 October 2012 (the “First Award”) and Second Award on Jurisdiction of 4 June 2014 (the “Second Award”). Only those aspects relevant to the Tribunal’s decision on costs are repeated here.
5. In its Statement of Claim, Euram Bank claimed that changes in the law on health insurance in the Slovak Republic, adopted in 2007 and entering into force in 2008, had destroyed the value of its investment in a health insurance company called Chemická zdravotná poisťovňa Apollo (“Apollo”). Euram Bank maintained that this action amounted to expropriation (within the meaning of Article 4(1) of the BIT), as well as to a violation of the requirement of fair and equitable treatment in Article 2 of the BIT and of the provisions of Article 5 of the BIT

regarding transfers. The factual background and the claim are set out in detail in the First Award.

6. On 5 November 2010, the Respondent filed its Statement of Defence, which raised four objections to the jurisdiction of the Tribunal:
 - i.* that the arbitration provision of the BIT was no longer valid because Austria and the Slovak Republic were both Member States of the European Union (the “intra-EU BIT objection”);
 - ii.* that Euram Bank’s claims did not arise out of a qualifying investment (the “indirect investment objection”);
 - iii.* that the claims under Articles 2 and 4 of the BIT fell outside the scope of the arbitration provision contained in Article 8 of the BIT (the “Article 8 objection”); and
 - iv.* that the claims for alleged breach of Article 2 of the BIT did not comply with the prior notice requirement under the BIT (the “procedural objection”).

These objections are described in greater detail in paragraph 48 of the First Award.

7. The Tribunal ordered bifurcation of the proceedings, and a hearing on the Respondent’s jurisdictional objections was held on 19 and 20 December 2011 (“Phase 1”). While the Tribunal was considering its decision on the jurisdictional objections, the Respondent submitted, on 26 May 2012, a Supplementary Statement of Defence in which it raised further jurisdictional objections arising out of proceedings instituted by the Claimant in the District Court of Bratislava I:
 - i.* that, by the Claimant’s act of commencing proceedings in the District Court of Bratislava I and the Respondent’s filing of its substantive defence in that case, the Parties had constructively agreed to terminate the arbitration and submit their dispute to the jurisdiction of the Slovak courts (the “constructive agreement objection”);
 - ii.* that the filing of the Petition to Commence Proceedings in the District Court constituted a waiver of the right to arbitrate (the “first waiver objection”); and
 - iii.* that the Claimant’s conduct in the litigation before the Slovak courts, taken as a whole, constituted a waiver of the right to arbitrate (the “second waiver objection”).

These objections are described in greater detail in paragraphs 87-89 of the Second Award.

8. On 22 October 2012, the Tribunal issued the First Award, in which it dismissed the intra-EU BIT objection and the indirect investment objection, but accepted the Article 8 objection and therefore concluded that “it lack[ed] jurisdiction over all aspects of the Claimant’s claim other than the claim under Article 5 of the BIT.”¹ The Tribunal also held that it was unnecessary to pronounce on the procedural objection and “reserve[d] the question of costs to the next phase of the proceedings.”²
9. On 4 June 2014, following a second jurisdictional phase including a second hearing on jurisdiction held on 16 September 2013 (“Phase 2”), the Tribunal issued the Second Award, in which it dismissed the constructive agreement objection and the first waiver objection, but accepted the second waiver objection “with the result that the Tribunal lacks jurisdiction over the claim under Article 5.”³
10. Section V of the Second Award addressed the issue of costs as follows:

In paragraph 459 of the First Award, the Tribunal reserved the question of costs for the next phase of the proceedings. Article 40 of the 1976 UNCITRAL Rules provides in relevant part:

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.
2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in Article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.

This provision gives the Tribunal considerable discretion regarding costs. In exercising that discretion, the Tribunal considers it appropriate to take account of the following considerations:

- (a) the Respondent has been successful in the second phase of the proceedings, with the result that there is no jurisdiction over any part of the claim;

¹ First Award, para. 460(5).

² First Award, para. 459.

³ Second Award, para. 267.

- (b) the Respondent was successful in the first phase of the proceedings in establishing that there was no jurisdiction regarding the claim under Articles 2 and 4 of the BIT;
- (c) the Claimant was successful in the first phase of the proceedings in defeating the Respondent's first jurisdictional objection (incompatibility of the BIT with EU law) and second jurisdictional objection (indirect investment).

Before taking a decision, however, the Tribunal wishes to receive details of the costs of legal representation and assistance borne by each Party and to receive brief submissions from each Party regarding the apportionment of costs. Accordingly, the Tribunal decides that:

- (a) each Party shall submit a detailed statement of the costs it has incurred, stated separately for each of the two phases of the proceedings, together with submissions of not more than five typed pages, not later than 27 June 2014;
- (b) each Party shall submit a response of not more than five typed pages to the other Party's filing under sub-paragraph (a), above, not later than 4 July.

11. By correspondence of 12 June 2014 and 13 June 2014, the Parties agreed and the Tribunal confirmed new deadlines for the Parties' costs submissions, namely, 11 July 2014 for the Parties' submissions on costs and 18 July 2014 for the Parties' responses on costs.
12. On 11 July 2014, the Parties exchanged their respective submissions on costs ("Claimant's Submission on Costs" and "Respondent's Submission on Costs").
13. On 18 July 2014, the Parties exchanged their respective response submissions on costs ("Claimant's Response on Costs" and "Respondent's Response on Costs").
14. The sole purpose of this Award is to decide on the allocation of costs.

II. COSTS INCURRED

A. THE COSTS OF THE TRIBUNAL

15. In Phase 1, the Parties deposited with the PCA a total of EUR 850,000.00 (EUR 425,000.00 each) to cover the costs of arbitration. In addition, the Claimant paid a further EUR 3,000 in appointing authority fees to the PCA for the first challenge to Professor Stern and the appointment of the presiding arbitrator (the fee for the second challenge to Professor Stern being paid from the Claimant's share of the deposit).
16. The costs of arbitration disbursed by the PCA for Phase 1 break down as follows:

Fees

Sir Christopher Greenwood	EUR 173,750.00
Dr. Dr. Alexander Petsche	EUR 223,500.00
Professor Brigitte Stern	EUR 203,250.00, plus EUR 39,837.00 VAT

Expenses

Court reporting	EUR 8,718.48
Hearing expenses (incl. catering, AV, IT, etc.)	EUR 12,483.60
Other expenses (incl. travel, courier, telecommunications, office supplies, bank charges, etc.)	EUR 19,988.78

PCA

Registry fees	EUR 100,105.00
Appointing authority fees	EUR 4,500.00
TOTAL	EUR 786,132.86

17. In Phase 2, the Parties deposited with the PCA an additional EUR 200,000.00 (EUR 100,000.00 each) to cover the costs of arbitration.

18. The costs of arbitration disbursed by the PCA for Phase 2 (including work on this Award on Costs) break down as follows:

Fees

Sir Christopher Greenwood	EUR 53,000.00
Dr. Dr. Alexander Petsche	EUR 70,500.00
Professor Brigitte Stern	EUR 48,000.00 plus EUR 9,480.00 VAT

Expenses

Court reporting	EUR 4,352.15
Hearing expenses (incl. catering, AV, IT, etc.)	EUR 5,874.70
Other expenses (incl. travel, courier, telecommunications, office supplies, bank charges, etc.)	EUR 5,201.44

PCA

Registry fees	EUR 49,420.00
---------------	---------------

TOTAL	EUR 245,828.29
-------	----------------

19. The total costs of the arbitration disbursed by the PCA therefore amount to EUR 1,031,961.15. These costs include all those costs detailed in Article 38(a), (b), and (f) of the UNCITRAL Rules. There were no costs incurred under Article 38(d), as no witnesses attended either hearing.

B. THE COSTS INCURRED BY THE PARTIES

20. A summary of the costs claimed by the Parties for Phase 1 is as follows:

	Claimant⁴	Respondent⁵
Experts	EUR 108,480.00	EUR 16,084.52

⁴ Claimant's Submission on Costs, Section I(F).

⁵ Respondent's Submission on Costs, para. 10.

Legal fees (incl. VAT) and expenses (incl. translation, office, courier, and travel expenses)	EUR 1,107,419.92 ⁶	EUR 3,061,324.11 ⁷
Total	EUR 1,215,899.92	EUR 3,077,408.63

21. A summary of the costs claimed by the Parties for Phase 2 is as follows:

	Claimant⁸	Respondent⁹
Experts	EUR 68,735.32	EUR 41,220.00
Legal fees (incl. VAT) and expenses (incl. translation, office, courier, and travel expenses)	EUR 288,835.05 ¹⁰	EUR 2,114,671.06 ¹¹
Total	EUR 357,570.37	EUR 2,155,891.06

⁶ The Claimant claimed EUR 1,079,857.17 in legal fees (including VAT in the amount of EUR 179,976.19), plus EUR 16,413.69 in translation, office, and courier expenses and EUR 11,149.06 in travel expenses.

⁷ The Respondent claimed EUR 2,946,179.57 in legal fees (including VAT in the amount of EUR 590,522.93), plus EUR 115,144.54 in expenses.

⁸ Claimant's Submission on Costs, Section I(F).

⁹ Respondent's Submission on Costs, para. 10.

¹⁰ The Claimant claimed EUR 281,878.78 in legal fees (including VAT in the amount of EUR 46,979.79), plus EUR 1,193.45 in translation, office, and courier expenses and EUR 5,762.82 in travel expenses.

¹¹ The Respondent claimed EUR 2,037,889.02 in legal fees (including VAT in the amount of EUR 245,297.79), plus EUR 76,782.04 in expenses.

III. THE PARTIES' ARGUMENTS

A. APPLICABLE RULES AND PRACTICE

1. *The Claimant*

22. The Claimant submits that, while Article 40(1) of the UNCITRAL Rules establishes a presumption that the unsuccessful party should bear the costs of the arbitration, it nevertheless authorizes the Tribunal to apportion costs as it deems reasonable under the circumstances of the case.¹² By contrast, Article 40(2) of the UNCITRAL Rules contains no presumption and grants the Tribunal total discretion to apportion the costs of legal representation and assistance as it deems reasonable.¹³ The Claimant argues that, “ultimately, whether an apportionment is reasonable is a subjective inquiry”, but that certain criteria can be derived from practice, including (i) the parties’ degree of success on their claims and defences; (ii) the parties’ conduct during the arbitral proceedings; (iii) the nature of the parties to the dispute; and (iv) the nature of the dispute resolution mechanism.¹⁴ In particular, the Claimant points to what it describes as “[t]he prevailing view on costs apportionment in investment treaty arbitration [...] namely that parties to such proceedings shall in principle divide the costs of the arbitral tribunal evenly and bear their own costs of representation, save in cases of frivolous or bad faith claims.”¹⁵ The Claimant adds that, to the extent that the Tribunal chooses to deviate from this rule, “[a]n apportionment of costs in proportion to a party’s level of success is particularly appropriate in cases in which success is split,” and that “[i]n the absence of claims expressed in money, the amount of work done and time spent, as reflected in the Parties’ submissions, in the hearing time devoted to the objections, and the Tribunal’s time spent in deciding on them, may serve as an adequate surrogate and indicator of the importance and value of an objection.”¹⁶

2. *The Respondent*

23. The Respondent submits that only exceptional circumstances – which it alleges are not present in this case – can justify the derogation from what it describes as the “costs follow the event”

¹² Claimant’s Submission on Costs, para. 6.

¹³ Claimant’s Submission on Costs, para. 7.

¹⁴ Claimant’s Submission on Costs, para. 8.

¹⁵ Claimant’s Submission on Costs, para. 24; Claimant’s Response on Costs, para. 1, citing D. Caron & L. Caplan, *THE UNCITRAL RULES: A COMMENTARY*, 2ND ED. (2013), pp. 874-875, 890; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL/PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction, 10 February 2012, ¶¶ 340, 342.

¹⁶ Claimant’s Submission on Costs, paras. 10-11.

rule for arbitration costs as established by Article 40(1) of the UNCITRAL Rules.¹⁷ In addition, despite the absence of any presumption as to the allocation of the costs of legal representation under Article 40(2), the Respondent argues that “investment treaty-based UNCITRAL tribunals have consistently held that the prime factor in determining how *both* categories of costs shall be reasonably apportioned is the *same*, namely *success in the proceedings*”,¹⁸ and that success should be measured in accordance with “the impact of the Tribunal’s decision on the independent components of Claimant’s overall case.”¹⁹ The Respondent adds that UNCITRAL tribunals have also taken a party’s improper conduct during the proceedings, including the initiation of similar parallel proceedings, into account when allocating the costs of legal representation between the parties.²⁰

B. APPORTIONMENT OF COSTS FOR PHASE 1

1. The Claimant

24. The Claimant notes that it was successful in defeating the intra-EU BIT objection and the indirect investment objection. Since a preponderance of the Respondent’s written and oral submissions and some 64% of the First Award was devoted to these objections, the Claimant submits that it had a 60% success rate in Phase 1.²¹ Moreover, the Claimant argues that the Respondent raised these objections in disregard of “a clear line of adverse jurisprudence known to the Respondent”.²²
25. As regards the Respondent’s successful Article 8 objection, the Claimant asserts that the Respondent’s “success did not come easy” given the complex questions of Slovak law and

¹⁷ Respondent’s Response on Costs, para. 4, referring to *Canfor Corp. v. USA, Tembec et al. v. USA, and Terminal Forest Prods. Ltd. v. USA*, NAFTA/UNCITRAL, Joint Order on Costs and Termination, 19 July 2007, ¶ 139; *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic (Number1)*, PCA Case No. 2008-13, Final Award, 7 December 2012, ¶ 348.

¹⁸ Respondent’s Submission on Costs, paras. 4-5 (emphasis in original); Respondent’s Response on Costs, para. 5, referring to *Nova Scotia Power Inc. v. Venezuela*, PCA/UNCITRAL, Award on Costs, 30 August 2010, ¶¶ 30-31; *Methanex Corp. v. USA*, Final Award, 3 August 2005, Part V, ¶¶ 5, 10; *Int’l Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*, Award, 26 January 2006, ¶ 213; *Alps Finance and Trade AG v. Slovakia*, Award, 5 March 2011, ¶¶ 263-267.

¹⁹ Respondent’s Response on Costs, para. 8.

²⁰ Respondent’s Submission on Costs, paras. 6-7, citing D. Caron *et al.*, *THE UNCITRAL RULES: A COMMENTARY* (2006), pp. 952-953, citing in turn *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, ¶ 621; *Nova Scotia Power Inc. v. Venezuela*, PCA/UNCITRAL, Award on Costs, 30 August 2010, ¶¶ 31, 33-37; *Alps Finance and Trade AG v. Slovakia*, Award, 5 March 2011, ¶¶ 263-266.

²¹ Claimant’s Submission on Costs, para. 13. The Claimant states that this translates into a 20% compensation rate. *See id.* n. 7 (“Mathematically: compensation rate = success rate (60) x 2 (120) – 100 = 20”).

²² Claimant’s Submission on Costs, para. 14, referring, in respect of the intra-EU BIT objection, to *Binder v. Czech Republic*, *Easter Sugar v. Czech Republic*, and *Eureko v. Slovak Republic*, all of which had previously rejected similar objections.

treaty interpretation involved.²³ The Claimant’s unsuccessful argument based on the MFN provision also “concerned unsettled matters of international law,” which other tribunals have found to be sufficient grounds to decline to award costs against the unsuccessful party.²⁴ The above-mentioned factors, the Claimant submits, justify that it be awarded no less than 30% of its costs in Phase 1.²⁵ The Claimant adds that its unsuccessful challenges to Professor Stern were made in good faith and, in any case, involved a negligible amount of the Parties’ overall time and costs.²⁶

26. The Claimant rejects the assertion that it imposed additional costs on the Respondent in this phase. The Claimant asserts that it was transparent about why it considered it necessary to advance one position in the court litigation and another in the arbitration.²⁷ The Claimant also contends that “[a]micus submissions are becoming a standard in investment treaty arbitration” and that its request to allow Austria to intervene did not cause delay in the arbitration.²⁸

2. The Respondent

27. The Respondent argues that it should be considered substantially successful in Phase 1, since its Article 8 objection effectively defeated the claims raised under Articles 2 and 4 of the BIT, leaving only a tentative claim under Article 5 that was subject to further jurisdictional objections in Phase 2.²⁹ The Respondent also notes that it defeated the two challenges to Professor Stern.³⁰
28. As regards the jurisdictional objections on which the Claimant prevailed (namely, the intra-EU BIT objection and the indirect investment objection), the Respondent notes that the Tribunal itself recognized that previous awards had failed to grapple with important aspects of the intra-EU BIT objection, and argues that the indirect investment objection was reasonable on the basis of the precedent in *HICEE v. Slovak Republic*.³¹ Moreover, these objections could be no more

²³ Claimant’s Submission on Costs, para. 16.

²⁴ Claimant’s Submission on Costs, para. 17; Claimant’s Response on Costs, para. 12, noting that the decision in *Austrian Airlines v. Slovak Republic* was subject to a strong dissent by Judge Charles Brower and was not wholly accepted by the Tribunal in this case.

²⁵ Claimant’s Submission on Costs, para. 18.

²⁶ Claimant’s Response on Costs, para. 9.

²⁷ Claimant’s Response on Costs, para. 13.

²⁸ Claimant’s Response on Costs, para. 15.

²⁹ Respondent’s Submission on Costs, p. 2; Respondent’s Response on Costs, paras. 8-9, referring to Second Award on Jurisdiction, ¶¶ 252.

³⁰ Respondent’s Submission on Costs, p. 2.

³¹ Respondent’s Response on Costs, paras. 12-13, referring to First Award, ¶¶ 164, 269-270.

unreasonable than the Claimant's arguments on the Article 8 objection in spite of the decision in *Austrian Airlines v. Slovak Republic*.³²

29. The Respondent contends that the Claimant also imposed additional costs on the Respondent by,

twice challenging Professor Stern, with the second challenge causing the postponement of the 2011 hearing; and requesting an *amicus* submission from Austria, which added to the complexity of the proceedings.³³

C. APPORTIONMENT OF COSTS FOR PHASE 2

1. *The Claimant*

30. The Claimant notes that, although the Respondent prevailed, "it was by no means a clear-cut victory." The "submissions on each issue [were] considerable in both quality and volume; and the detail and rigour of the second Award on Jurisdiction evidence enough that Claimant was not fighting a battle it was bound to lose right [from] the outset."³⁴ Moreover, the Tribunal dismissed two of the Respondent's three alternative formulations of its objections in this phase, including the constructive agreement objection and the first waiver objection.³⁵
31. As regards the conduct criticized by the Respondent, the Claimant submits that its request for a full translation of Swedish court decisions was justified, and notes that the Respondent had never itself pleaded that the Claimant should have informed the Bratislava court of the First Award.³⁶ With respect to its objection to the Respondent's Rejoinder, the Claimant asserts that it is the Respondent who should be faulted for having submitted a Rejoinder that exceeded the bounds of what could reasonably have been expected at that stage of the proceedings. According to the Claimant, the Respondent's actions in this regard violated the Claimant's due process rights, led the Tribunal to dismiss a section of it of its own initiative, and necessitated the postponement of the second hearing on jurisdiction.³⁷

³² Respondent's Submission on Costs, p. 3; Respondent's Response on Costs, para. 14.

³³ Respondent's Submission on Costs, p. 3.

³⁴ Claimant's Submission on Costs, para. 19.

³⁵ Claimant's Submission on Costs, paras. 20-22.

³⁶ Claimant's Submission on Costs, para. 23; Claimant's Response on Costs, paras. 16-17.

³⁷ Claimant's Response on Costs, para. 18, referring to Procedural Order No. 6, 30 May 2013.

2. The Respondent

32. The Respondent highlights that it successfully established that its jurisdictional objections were admissible and that the Tribunal lacked jurisdiction over the Claimant's remaining Article 5 claim.³⁸ It claims that neither the complexity and quality of the Claimant's arguments nor the possibility that the Claimant might have prevailed in this phase "detract from the circumstance of Respondent's success".³⁹
33. The Respondent also argues that the Claimant imposed additional costs on the Respondent through its conduct in Phase 2.

According to the Respondent, the Claimant also unnecessarily called for full translations of all Swedish court decisions – and unduly objected to the Respondent's Rejoinder and requested the postponement of the second hearing on jurisdiction – only to then submit a Rebuttal that exceeded its permitted scope.⁴¹

D. THE DISPARITY BETWEEN THE PARTIES' COST CLAIMS

1. The Claimant

34. The Claimant submits that the Respondent's costs for legal representation and assistance in both phases are disproportionate and unreasonable: the Respondent's costs are two and a half times those of the Claimant for Phase 1 and six times those of the Claimant for Phase 2.⁴² Moreover, "[t]aking into account how much more time intensive phase one was, this allocation [for Phase 2] simply does not fit."⁴³ The Claimant also insists that the Slovak Republic is exempt from VAT and thus rejects the Respondent's claim for Slovak VAT.⁴⁴

³⁸ Respondent's Submission on Costs, para. 8(1)(b).

³⁹ Respondent's Response on Costs, para. 16. *See also id.* at paras. 17-18, discussing *Apotex Inc. v. United States*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility (Jun. 14, 2013) ¶¶ 340-342.

⁴¹ Respondent's Submission on Costs, pp. 4-5, referring to Procedural Order No. 7, 11 June 2013; Procedural Order No. 9, 20 August 2013.

⁴² Claimant's Response on Costs, paras. 19-20.

⁴³ Claimant's Response on Costs, para. 19.

⁴⁴ Claimant's Response on Costs, para. 21 (giving three reasons that the Respondent is not subject to VAT: (1) the invoices are generated by US-based entities; (2) acting in an investor-State arbitration is not a commercial activity; and (3) and import-VAT is not applicable to legal services).

2. The Respondent

35. The Respondent submits that “[the] disparity between the amounts expended by Respondent and claimed by Claimant should come as no surprise. Claimant itself acknowledged throughout these proceedings the rigor of the Republic’s defense.”⁴⁵ The Respondent adds that it “was entitled to undertake each and every reasonable effort, and to defend the claims vigorously”, in order “to defend fundamental policy choices that had been settled upon through the democratic process.”⁴⁶

E. THE RELIEF REQUESTED BY THE PARTIES

36. The Claimant requests that the Tribunal decide as follows:

award to it 30% (or more, in the discretion of the Tribunal) of all of its costs for the first phase of the jurisdictional proceedings; in any event, award no costs to the Respondent for any of the phases.⁴⁷

37. The Respondent requests that the Tribunal decide as follows:

render an award pursuant to Article 40(1) and 40(2) of the UNCITRAL Rules ordering that [the Claimant] bear the costs of the expended portion of the Slovak Republic’s deposits of €525,000 (in addition to the return of the unexpended portion), the costs of experts in the amount of €57,304.52, and Respondent’s costs for legal representation and assistance in the amount of €5,175,995.17, as well as interest thereon from the date of the award until paid in full.⁴⁸

⁴⁵ Respondent’s Response on Costs, para. 23.

⁴⁶ Respondent’s Response on Costs, para. 23.

⁴⁷ Claimant’s Submission on Costs, para. 25.

⁴⁸ Respondent’s Submission on Costs, p. 5; Respondent’s Response on Costs, para. 24.

IV. THE TRIBUNAL'S ANALYSIS

A. APPLICABLE RULES AND PRACTICE

38. Article 38 of the UNCITRAL Rules provides that “[t]he arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in its award” and defines the “costs of arbitration” as follows:

The term “costs” includes only:

- (a) The fees of the arbitral tribunal to be stated separately as to each arbitrator and to be fixed by the tribunal itself in accordance with article 39;
- (b) The travel and other expenses incurred by the arbitrators;
- (c) The costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal;
- (d) The travel and other expenses of witnesses to the extent such expenses are approved by the arbitral tribunal;
- (e) The costs for legal representation and assistance of the successful party if such costs were claimed during the arbitral proceedings, and only to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable;
- (f) Any fees and expenses of the appointing authority as well as the expenses of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague.

39. Article 40 of the UNCITRAL Rules then sets forth the relevant rules as to the allocation of costs. Article 40 provides in relevant part:

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in Article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.

40. As already noted by the Tribunal in its Second Award, Article 40 gives the Tribunal considerable discretion regarding costs. There is, however, a clear distinction between the first and second paragraphs of Article 40. The former lays down a general principle that the unsuccessful party should bear the entirety of the costs to which that paragraph applies (i.e. all

the costs listed in Article 38 except for the costs of legal assistance and representation of the parties under Article 38(e)). A tribunal may depart from that principle if, in the light of all the circumstances of the case, it considers it reasonable to do so, but the starting point is an assumption that “costs follow the event”. By contrast, the second paragraph of Article 40, which applies to the costs of legal assistance and representation, contains no general principle to serve as a starting point. The Tribunal does not accept that it should approach the question of apportionment of costs under the second paragraph on the basis that costs should follow the event unless there is a compelling reason to decide otherwise, for that would be to assimilate the second paragraph to the first in spite of the clear difference in language. Nor can the Tribunal accept that it should approach an application for apportionment of costs under the second paragraph on the basis that each party should normally be expected to bear its own costs unless there is a compelling reason to decide otherwise. That would be to read into the second paragraph a presumption that is not there; had it been the intention of those who drafted Article 40 to apply such a presumption, the drafting of the first paragraph strongly suggests that they would have included express language to that effect.

41. Nevertheless, while the starting point for the exercise of the Tribunal’s discretion is different under the two paragraphs of Article 40, the factors which the Tribunal must take into account in the exercise of that discretion are very similar. The Tribunal agrees with the Respondent that the parties’ relative degree of success is the principal consideration. This arises from the basic principle that the successful party “has in effect been forced to go through the process in order to achieve success, and should not be penalised by having to pay for the process itself.”⁴⁹
42. As stated in the Second Award, the Tribunal regards as relevant both the overall result as well as each Party’s success in respect of discrete aspects of its case. The party who is successful overall should in principle be made whole, but not necessarily in respect of independent claims, jurisdictional objections, or procedural applications, on which it was not successful and which have contributed to the overall costs of the arbitration in a significant and measurable way. The latter principle is especially appropriate in the apportionment of the cost of legal representation and assistance. Consequently, the Tribunal is inclined to look primarily at the overall result when allocating the costs of arbitration in accordance with Article 40(1), but to look more closely also at the Parties’ respective success on the various claims, jurisdictional objections, and procedural applications that materially impacted upon the Parties’ legal costs when apportioning these under Article 40(2). The Tribunal considers that this difference in approach under the two paragraphs of Article 40 follows from the difference between the starting point under each paragraph.

⁴⁹ *SD Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award on Costs, 30 December 2002, ¶ 15.

43. Success is not, however, the only relevant criterion. The conduct of each party is a material consideration, particularly where it has led to costs being unnecessarily incurred. Thus, if a party advanced a claim (or a jurisdictional objection) that was manifestly untenable or frivolous, that would be a highly pertinent consideration. Time-wasting tactics, failure to meet deadlines, and other procedural misconduct are also relevant.
44. Moreover, unlike those costs governed by the first paragraph of Article 40, the costs of each party's legal assistance and representation are determined by the choices made by that party and are not controlled by the tribunal. Article 38(e) thus makes clear that the costs of legal assistance and representation constitute costs of the arbitration "only to the extent that the arbitral tribunal determines that the *amount* of such costs is reasonable" (emphasis added).

B. ARTICLE 40(1): COSTS OF THE TRIBUNAL

45. The costs of the Tribunal are set out at paragraphs 15-19, above.
46. The outcome of the Respondent's jurisdictional challenges is that the Respondent has succeeded in establishing that the Tribunal lacks jurisdiction over any part of the Claimant's claims. The starting point under Article 40(1) is, therefore, the principle that the Claimant, as the unsuccessful party, should bear the costs covered by this provision. The question is whether, taking into account all the circumstances of the case, it would be reasonable to depart from that general principle.
47. The Tribunal has carefully considered the Claimant's arguments that departure from the general principle is warranted, but it is not persuaded by them. It is true that the first phase of the proceedings resulted in a decision that rejected the Respondent's first two jurisdictional objections and upheld – albeit subject to the outcome of the (ultimately successful) additional challenge – jurisdiction in respect of the Article 5 claim. However, as stated in paragraph 42, above, it is the overall success of a party which is the principal consideration under Article 40(1) and the Respondent has achieved that overall success. Moreover, even if one considers the two phases of the proceedings separately, the Respondent must be considered to have emerged more successfully from the first phase than did the Claimant. The argument on which it succeeded in the first phase established that the Tribunal lacked jurisdiction over the claims under Articles 2 and 4 of the BIT. Those claims had occupied a far more prominent position in the Claimant's case than had the only claim which survived the first phase. In the second phase, the Respondent was entirely successful.
48. Nor does the Tribunal consider that the Respondent can be faulted for having brought the first two jurisdictional objections. Neither objection can properly be characterized as frivolous.

Although unsuccessful, neither fell into the category of an objection so untenable that it was obviously doomed to fail.

49. As for the Respondent's procedural conduct, while the Tribunal held in the Second Award that the Respondent was guilty of undue delay in raising one aspect of its waiver objection, that did not affect the overall outcome of the case and, in any event, has to be considered in the context of a number of criticisms which the Tribunal made of the Claimant's conduct of the proceedings.
50. The Tribunal therefore concludes that the Claimant should bear the entire costs incurred by the Tribunal. Those costs amounted to EUR 1,031,961.15 as set out in paragraph 19, above. The Parties' deposits amounted to EUR 1,050,000 (in equal shares) and the Claimant paid an additional EUR 3000 in appointing authority fees directly to the PCA, leaving an unexpended balance of EUR 21,038.85. That balance will be returned in equal shares (EUR 10,519.43) to each Party.⁵⁰ The Claimant is, therefore, required to reimburse the Respondent EUR 514,480.58 for the costs met from the Respondent's share of the deposit.
51. Article 40(1) is also applicable to costs under Article 38(c), namely "the costs of expert advice and assistance required by the arbitral tribunal". This heading includes the costs of experts retained by the parties. The Tribunal considers that the costs of the experts retained by the Parties were reasonable and that the expert reports were of assistance. It follows that these costs fall within Article 38(c) and, in accordance with the principle set out above, the Claimant should reimburse the Respondent for the costs of the experts for whom the Respondent paid. The total costs of experts paid by the Respondent amount to EUR 57,304.52.
52. Accordingly, the Tribunal concludes, in the exercise of its powers under Article 40(1) of the UNCITRAL Rules, that the Claimant shall reimburse the Respondent EUR 571,785.10.

C. ARTICLE 40(2): COSTS OF LEGAL ASSISTANCE AND REPRESENTATION

53. Turning to the costs of legal representation and assistance incurred by each Party, the Tribunal begins by recalling that its powers under Article 40(2) are not constrained by the same general principle which applies under Article 40(1). While the overall success of the Respondent in its jurisdictional objections is certainly a relevant factor, that overall result is considerably tempered by the mixed success of the Parties on the various jurisdictional objections raised during the first phase of the proceedings. The Tribunal does not believe that any of the arguments put forward by either side were unreasonable. However, the Respondent's two

⁵⁰ D. Caron & L. Caplan, *THE UNCITRAL RULES: A COMMENTARY*, 2ND ED. (2013), p. 900 ("The unexpended portions of these deposits, when no longer required, must be returned to the parties in amounts proportional to the relative percentage of contribution").

unsuccessful objections, and in particular the intra-EU BIT objection, occupied a very considerable portion of the Parties' written and oral submissions. The Tribunal does not accept the Claimant's argument that it had a preponderance of success in the first phase of the proceedings. While it succeeded on two of the jurisdictional objections, it failed on the third and, as a result, the jurisdiction of the Tribunal was reduced to its Article 5 claim. Nevertheless, the Tribunal considers it right to take into account the amount of time and, correspondingly of costs, taken up by the intra-EU BIT objection and the indirect investment objection in the first phase of the proceedings.

54. The Respondent's success in the second phase was also tempered by the fact that it failed on two of the three arguments that it advanced, although this mixed result is less significant than that in the first phase of the proceedings, as the waiver arguments were not entirely separate from one another in the way that the intra-EU BIT objection was separate from the other objections considered in the first phase.
55. For these reasons, the Tribunal considers that it would be reasonable for the Claimant to meet part, but certainly not all, of the Respondent's costs of legal assistance and representation.
56. The Tribunal has also considered whether the conduct of the Parties was such as to affect the amount which the Claimant should pay to the Respondent but has concluded that the misconduct of which each Party accused the other was not sufficient, where it was established, to make a significant difference for the purpose of apportionment of costs.
57. The most serious issue in this respect is the lack of candour shown by the Claimant in relation to its decision to pursue proceedings in the Bratislava Court at the same time that it was pursuing its arbitration claim. The Claimant instituted those proceedings on 22 November 2010, a little more than two weeks after the Respondent had filed its Statement of Defence and Request for Bifurcation, at a time when the Tribunal was still considering that request (the Claimant having sought an extension of time to respond to it). As the Tribunal made clear (in paragraph 119 of the Second Award), had the Claimant informed the Tribunal and the Respondent that it had commenced proceedings in the Bratislava Court, it would have made it possible for the Respondent to amend its Statement of Defence and to raise the commencement of those proceedings as an additional jurisdictional objection. However, the Second Award makes clear that the Respondent's objection based on the proceedings in the Bratislava Court succeeded because the Claimant's subsequent conduct of the litigation in Bratislava amounted to a waiver of its right to arbitrate. It cannot, therefore, be said that the Claimant's failure to inform the Tribunal in November 2010 that it had commenced proceedings in the Bratislava Court ultimately increased legal costs. Similarly, although the Claimant's failure to keep the

Bratislava Court informed of developments in the arbitration formed part of the context that led the Tribunal to accept the Respondent's second waiver objection, it did not increase the costs of Phase 2.

58. There is no reason to hold the Claimant responsible for the increased procedural costs arising from the invitation to Austria, the Czech Republic, and the European Commission to make *amicus curiae* submissions to the Tribunal. While such invitation was prompted by a request from the Claimant, the Tribunal invited these submissions on the basis that they would usefully contribute to the Tribunal's own analysis of the intra-EU BIT objection. Moreover, the Claimant had only requested that Austria be invited to make an *amicus curiae* submission. It was the Respondent's (albeit subsidiary) request that the European Commission and the Czech Republic also be invited to make *amicus curiae* submissions.
59. While it is true that, in the second phase of the proceedings, the Respondent submitted a Rejoinder that exceeded the bounds of what could reasonably have been expected at that stage and thus caused the postponement of the second hearing on jurisdiction,⁵¹ the Claimant thereafter submitted a Rebuttal that also exceeded the scope allowed by the Tribunal.⁵² In addition, full translations of Swedish legal authorities were explicitly requested "[i]n order for the Tribunal to be able to assess for itself the cases that are cited by the Parties' experts on Swedish law" and not only for the Parties' benefit.⁵³ The allegations regarding the translations are thus irrelevant to the issue of apportionment of costs.
60. The Tribunal therefore concludes that, in the exercise of its discretion under Article 40(2) of the UNCITRAL Rules, it should direct the Claimant to reimburse the Respondent for a portion of its costs of legal assistance and representation such as will reflect both the overall success of the Respondent and its failure on some important and time-consuming jurisdictional objections.
61. In determining what amount would be reasonable, the Tribunal is compelled, however, to observe that the amounts claimed by the Respondent are far in excess of those costs incurred by the Claimant. While acknowledging the various legitimate reasons that one party's costs may differ from another's, the magnitude of the difference is impossible to ignore in this case. Of particular importance, since it was in this phase that the Respondent achieved the more complete success, the disparity is most marked in respect of the second phase of the proceedings. The Respondent's net legal fees for Phase 2 are more than seven times those of the Claimant. Moreover, the Respondent's costs for legal representation in Phase 2 are

⁵¹ Procedural Order No. 6, 30 May 2013.

⁵² Procedural Order No. 9, 20 August 2013.

⁵³ Procedural Order No. 7, 11 June 2013.

approximately two thirds of what it claims in respect of Phase 1. By contrast, the Claimant's costs in Phase 2 are less than one third of those incurred in Phase 1. The Tribunal's costs in Phase 2 are also less than one third of those incurred in Phase 1.

62. The issues in the second phase of the case were comparatively limited in scope and the written and oral arguments far shorter than those in the first phase. Moreover, the Tribunal repeatedly expressed its expectation, most notably during the conference calls of 28 January 2013 and 29 May 2013, that the objections to be decided in Phase 2 could and should be dealt with more quickly and efficiently as compared to Phase 1. The Respondent's invocation of its need "to defend fundamental policy choices that had been settled upon through the democratic process" is unavailing as a justification for this disparity, especially since those "policy choices" pertain to the merits of the dispute between the Parties, which the Respondent has never been required to litigate given its success on jurisdiction. Therefore, while the Respondent was entitled to defend its interests vigorously, it would not be reasonable to require the Claimant to bear more than a portion of these costs under the circumstances.
63. In the light of the foregoing, Tribunal considers that it is reasonable to direct that the Claimant shall pay to the Respondent the sum of EUR 1,000,000.00 in relation to the costs of legal assistance and representation. The Tribunal considers that this sum represents a reasonable proportion of those costs which were reasonably incurred, taking account of the factors set out above.

V. DISPOSITIF

64. In view of the foregoing, the Tribunal decides as follows:

- i.* Under Article 40(1) of the UNCITRAL Rules, the Claimant shall reimburse the Respondent in the amount of EUR 571,785.10 in respect of the costs of arbitration under Article 38(a), (b), (c), and (f) of the UNCITRAL Rules, plus interest at six-month LIBOR plus 2%, compounded bi-annually, from the date of this Award until full payment is made by the Claimant.
- ii.* Under Article 40(2) of the UNCITRAL Rules, the Claimant shall contribute to the Respondent's costs of legal assistance and representation under Article 38(c) of the UNCITRAL Rules, the amount of EUR 1,000,000.00, plus interest at a rate of six-month LIBOR plus 2%, compounded bi-annually, from the date of this Award until full payment is made by the Claimant.

Done this 20th day of August 2014.

Place of Arbitration: Stockholm, Sweden.

Dr. Dr. Alexander Petsche

Professor Brigitte Stern

Sir Christopher Greenwood CMG QC
Presiding Arbitrator

LEGAL AUTHORITY CA-131

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
WASHINGTON, D.C.

In the arbitration proceeding between

**TRANSGLOBAL GREEN ENERGY, LLC AND
TRANSGLOBAL GREEN PANAMA, S.A.**

(Claimants)

-and -

REPUBLIC OF PANAMA

(Respondent)

(ICSID Case No. ARB/13/28)

AWARD

Members of the Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, President of the Tribunal
Prof. Christoph Schreuer, Arbitrator
Prof. Jan Paulsson, Arbitrator

Secretary of the Tribunal

Ms. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Date of dispatch to the Parties: June 2, 2016

REPRESENTATION OF THE PARTIES

Representing Claimants:

Mr. Jeffrey Carlitz
Mr. Don Stringham
Mr. Rick Reyes and
Mr. Roger Fearon
Transglobal Green Energy, LLC, and
Transglobal Green Energy de Panama, S.A.
410 Pierce St.
Houston, TX 77002
United States of America

Representing Respondent:

Mr. Whitney Debevoise
Ms. Gaela K. Gehring Flores
Ms. Natalia Giraldo-Carrillo
Mr. Pedro G. Soto and
Ms. M. Alejandra Parra-Orlandoni
Arnold & Porter LLP
601 Massachusetts Avenue, NW
Washington, D.C. 20001-3743

TABLE OF CONTENTS

I.	INTRODUCTION AND PARTIES	1
II.	PROCEDURAL HISTORY.....	1
III.	JURISDICTIONAL OBJECTIONS	11
	A. Factual Background.....	11
	B. Respondents’ Objections	15
	(1) Respondent’s Arguments	15
	a. Absence of an Investment	15
	b. Abuse of the International Investment Treaty System	18
	c. Waiver of the Right to Bring a Dispute at ICSID	19
	d. The Claim based on the Most-Favored-Nation Clause is without Legal Merit	20
	e. TGGE Panama is Domestically Controlled.....	21
	(2) Claimants’ Arguments	22
	(3) Analysis of the Tribunal.....	24
IV.	COSTS	30
	A. Positions of the Parties	30
	B. Analysis of the Tribunal	31
V.	DECISION.....	34

FREQUENTLY USED ABBREVIATIONS AND ACRONYMS

ASEP	<i>Ente Regulador de los Servicios Públicos</i>
BIT	Treaty between the United States of America and the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investments, signed on October 27, 1982, as amended on June 1, 2000.
Claimants' Memorial	Claimants' Memorial on the Merits, August 14, 2015.
C-	Claimants' Exhibit.
CL-	Claimants' Legal Authority.
ICSID, or the Centre	The International Centre for Settlement of Investment Disputes.
ICSID AFR	ICSID Administrative and Financial Regulations.
ICSID Convention	Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States dated 18 March 1965.
ICSID Rules, or Arbitration Rules	ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.
MOU	Memorandum of Understanding of December 17, 2010, between TGGE and Mr. Lisac.
PTA	Partnership and Transfer Agreement of September 30, 2011, between TGGE and Mr. Lisac.
Request or RFA	Request for Arbitration, September 19, 2013.
Respondent's Memorial	Respondent's Memorial on Jurisdiction, December 18, 2015.
R-	Respondent's Exhibit.

Award

RL- Respondent's Legal Authority.

TGGE Transglobal Green Energy, LLC, a company
incorporated under the laws of the State of Texas,
U.S.A., with its seat in Houston.

I. INTRODUCTION AND PARTIES

1. This case concerns a dispute submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID” or the “Centre”) on the basis of the Treaty between the United States of America and the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investments, signed on October 27, 1982, (the “BIT” or “Treaty”), as amended on June 1, 2000¹, and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which entered into force on October 14, 1966 (the “ICSID Convention”). The dispute relates to a hydro-electric power generation concession in Panama named “Bajo de Mina”.
2. Claimants are Transglobal Green Energy, LLC, a company incorporated under the laws of the State of Texas, U.S.A., with its seat in Houston (“TGGE”), and Transglobal Green Panama, S.A., a company incorporated in Panama, with its seat in Panama City (“TGGE Panama”).
3. Respondent is the Republic of Panama and is hereinafter referred to as “Panama” or the “Respondent.”
4. Claimants and the Respondent are hereinafter collectively referred to as the “Parties.” The Parties’ respective representatives and their addresses are listed above on page (i).

II. PROCEDURAL HISTORY

5. On September 19, 2013, ICSID received a request for arbitration from Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A., then represented by King & Spalding LLP, against the Republic of Panama (the “Request” or “RFA”).

¹ Request for Arbitration, Exhibit C-18, Protocol between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama amending the treaty concerning the treatment and protection of investments of October 27, 1982, signed on June 1, 2000. As explained in the Letter of Transmittal from President Clinton to the Senate of September 12, 2000 (included in Exhibit C-18), the Protocol was needed to ensure that investors had access to ICSID arbitration following Panama’s 1996 accession to the ICSID Convention.

Award

6. On October 10, 2013, the Secretary-General of ICSID registered the Request in accordance with Article 36(3) of the ICSID Convention and notified the Parties of the registration. In the Notice of Registration, the Secretary-General invited the Parties to proceed to constitute an Arbitral Tribunal as soon as possible in accordance with Rule 7(d) of the Centre's Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings.
7. The Parties agreed to constitute the Tribunal in accordance with Article 37(2)(a) of the ICSID Convention and that the Tribunal would consist of three arbitrators, one appointed by each party, and the third arbitrator and President of the Tribunal to be appointed by agreement of the two co-arbitrators.
8. The Tribunal is composed of Dr. Andrés Rigo Sureda, a national of Spain, President, appointed by agreement of the co-arbitrators; Professor Christoph H. Schreuer, a national of Austria, appointed by Claimants; and Professor Jan Paulsson, a national of France, Sweden and Bahrain, appointed by Respondent.
9. On February 19, 2014, the Secretary-General, in accordance with Rule 6(1) of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ("Arbitration Rules") notified the Parties that all three arbitrators had accepted their appointments and that the Tribunal was therefore deemed to have been constituted on that date. Ms. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski, ICSID Legal Counsel, was designated to serve as Secretary of the Tribunal.
10. On February 20, 2014, the ICSID Secretariat requested an initial advance payment from the Parties of US\$400,000 (US\$200,000 each party).
11. By letter of March 28, 2014, on instructions of the President of the Tribunal, the Parties were informed that if the Parties' advance payments (or at least the share of one of them) were not received by the Centre by April 3, 2014, the First Session scheduled to be held on April 23, 2014, would be canceled.
12. By letter of April 4, 2014, the Tribunal noted that the Parties' outstanding advances had not been received by the Centre by the deadline of April 3, 2014, informed the Parties that in accordance with its directions of March 28, 2014, the First Session had been cancelled. The

Award

Tribunal further noted that as soon as the Parties paid their advances, the Tribunal would propose the earliest possible dates for which the three Members were available for the First Session.

13. By letter of April 14, 2014, the Secretary of the Tribunal noted that to that date neither party's share of the advance payment had been received by the Centre, informed the Parties of the default, and, in accordance with Regulation 14(3)(d) of ICSID Administrative and Financial Regulations ("ICSID AFR"), invited either party to pay the outstanding amount of US\$400,000 within 15 days (*i.e.*, by April 29, 2014).
14. By letter of May 5, 2014, the Secretary of the Tribunal informed the Parties that, since the outstanding advance payments had not been received, the Secretary-General was moving the Tribunal to stay the proceeding for lack of payment. As a result, by letter of May 6, 2014, the Tribunal stayed the proceeding for lack of payment pursuant to ICSID AFR 14(3)(d).
15. On November 6, 2014, the Secretary of the Tribunal informed the Parties that Claimants' payment of US\$200,000 had been received on November 5, 2014, and the proceeding was resumed.
16. By letter of November 13, 2014, Respondent expressed its concern that Claimants might not possess "the financial wherewithal to commence the arbitration and continue to its conclusion – much less to satisfy any eventual award of costs against them" and requested the Tribunal to issue an order shifting the responsibility for all future advance costs payments to Claimants, after giving both Parties the opportunity to present argument on this issue in writing and orally at the First Session. Respondent further indicated that it would "refrain from making payment of its half of the advance deposit until the Tribunal has heard the Parties and had an opportunity to rule".
17. By letter of November 25, 2014, Claimants objected to Respondent's request of November 13, 2014, and on November 26, 2014, Respondent responded to Claimants' letter of November 25, 2014, reiterating its request for the Tribunal to issue an order shifting the

Award

responsibility for all advance costs payments to Claimants, without prejudice to a final decision of the Tribunal as to the allocation of costs.

18. By letter of November 27, 2014, the Secretary of the Tribunal confirmed that Respondent's share of the first advance payment request had not been received; informed the Parties of the default; and invited either of them to pay the outstanding amount of US\$200,000 within 15 days (*i.e.*, by December 12, 2014).
19. On December 11, 2014, Respondent filed a written submission reaffirming its request for the Tribunal to shift the responsibility for all future advance costs payments to Claimants, without prejudice to a final decision of the Tribunal as to the allocation of costs (the "Cost-Shifting Request"); and on December 18, 2014, Claimants filed their written submission in response, requesting the Tribunal to reject Respondent's Cost-Shifting Request and to order Respondent to pay its portion of the initial advance on costs.
20. Late on February 18, 2015, Respondent filed preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) ("Panama's Rule 41(5) Preliminary Objection").
21. On February 19, 2015, the Tribunal held a First Session, with the President participating in-person with the Parties at the seat of the Centre in Washington, D.C., and Professor Christoph Schreuer and Professor Jan Paulsson participating by video conference. Present at the First Session was the Secretary of the Tribunal. In representation of the Parties were:

Attending on behalf of Claimants

Mr. David Weiss, King & Spalding LLP

Mr. Enrique Reyes, Transglobal Green Energy, LLC

Mr. Jeffrey Carlitz, Transglobal Green Energy, LLC

Attending on behalf of Respondent

Mr. Whitney Debevoise, Arnold & Porter LLP

Ms. Gaela K. Gehring Flores, Arnold & Porter LLP

Mr. Pedro Soto, Arnold & Porter LLP

Award

Ms. Natalia Giraldo-Carrillo, Arnold & Porter LLP

Ms. Laura Castro, Legal Director, Embassy of the Republic of Panama

Observing via video conference on behalf of Claimants

Mr. Roberto Aguirre Luzi, King & Spalding LLP

Mr. Don Stringham, CFO Transglobal Green Energy, LLC

Observing via video conference on behalf of Respondent

Ms. Betzy Castro, Jefa de Gabinete, Viceministerio de Economía, Ministerio de Economía y Finanzas

Mr. Roberto Meana, Director Ejecutivo, Autoridad de los Servicios Públicos

Ms. Noemi Tile, Directora Asesoría Legal, Autoridad de los Servicios Públicos

Mr. Victor Urrutia, Secretario Nacional de Energía

Mr. Aristides Valdonedo, Gerente de Metas, Ministerio de Economía y Finanzas

Ms. Mariel Núñez, Gerencia de Metas, Ministerio de Economía y Finanzas

22. During the First Session the Parties confirmed that the Members of the Tribunal had been validly appointed. It was agreed *inter alia* that the applicable Arbitration Rules would be those in effect from April 10, 2006, that the procedural languages would be English, and that the place of the proceeding would be Washington, D.C. After considering the Parties' respective proposals on the number and sequence of pleadings, the Tribunal fixed a procedural calendar for the Parties' subsequent submissions. The Parties' agreement and the Tribunal's decisions were recorded in the Tribunal's Procedural Order No. 1 of March 17, 2015.
23. During the First Session, the Tribunal also heard oral arguments from each of the Parties on the Respondent's Cost-Shifting Request.
24. After the Parties' exchanged preliminary comments on the timing of Panama's Rule 41(5) Preliminary Objection, the Tribunal invited Claimants' observations on Panama's Rule 41(5) Preliminary Objection on February 20, 2015 Claimants submitted them on February

Award

24, 2015. At the invitation of the Tribunal, Respondent commented on those observations on February 27, 2015. The Tribunal authorized another round of submissions from Claimants and Respondent; they materialized on March 4, 2015 and March 9, 2015, respectively.

25. On March 4, 2015, the Tribunal issued its *Decision on the Respondent's Request for Shifting the Cost of the Arbitration*. In its Decision, the Tribunal first noted that the competence of the Tribunal to vary the portion of the advance payments for the arbitration costs for which each party is responsible under ICSID Arbitration Rule 28 and AFR 14(3)(d) was undisputed by the Parties. The Tribunal then addressed the matters in dispute before the Tribunal: (i) the meaning of ICSID AFR 14(3)(d); (ii) the standard applicable to a request for shifting of costs; and (iii) the circumstances alleged by Respondent to justify such a request. As to the latter, the Tribunal observed that it had to balance the circumstances adduced by Respondent in its Cost-Shifting Request against Claimants' concerns that the shifting of costs at this very early stage may limit Claimants access to ICSID arbitration and create incentives for the defaulting party to make the proceedings unnecessarily expensive. The Tribunal found that the circumstances of the instant case differed substantially from those that faced the *RSM* tribunal², and did not justify an alteration of the balance struck between the Parties in AFR 14(3)(d). As a result, the Tribunal decided (i) to reject Respondent's request that the arbitration costs be shifted to Claimants; and (ii) to order Respondent to pay its portion of the advance payment in the amount of US\$200,000 requested by the Centre no later than 20 days after the date of that Decision.
26. On March 17, 2015, the Tribunal issued its *Decision on the Admissibility of Respondent's Preliminary Objection to the Jurisdiction of the Tribunal under Rule 41(5) of the Arbitration Rules* (the "Tribunal's Rule 41(5) Decision"). The Tribunal addressed the three main issues arising from the Parties' arguments: (i) the meaning of the temporal conditions of Rule 41(5) and whether the Preliminary Objection complies with them; (ii) if this was not the case, whether the Tribunal should use its discretion under Rule 41(2) to consider the

² *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Security for Costs, August 13, 2014 (RL-001).

Award

Preliminary Objection at its own initiative; and (iii) if the Tribunal decided both of these issues in the negative, whether it should then strike the Preliminary Objection from the record or deem it to be a notification of jurisdictional objections and a request for bifurcation. The Tribunal decided: (i) that the two temporal conditions set forth in Rule 41(5), namely, that a preliminary objection needs to be filed within thirty days from the constitution of the Tribunal *and* before the First Session of the Tribunal, are cumulative and the Preliminary Objection did not meet the 30-day limit from the constitution of the Tribunal established under Rule 41(5); (ii) to deem the Preliminary Objection as a provisional notification of jurisdictional objections to be supplemented by Respondent with any further objections as soon as feasible after receipt of Claimants' Memorial on the Merits and no later than the due date of the Counter-Memorial, as required by Rule 41(1); (iii) to defer its decision on bifurcation until receipt of the Memorial on the Merits and Respondent's jurisdictional objections; and (iv) to issue Procedural Order No. 1 in accordance with this decision.

27. On March 17, 2015, the Tribunal issued its Procedural Order No. 1.
28. By letter of March 25, 2015, the Secretary of the Tribunal acknowledged receipt of a wire transfer from Respondent in the amount of US\$ 200,000, as payment of its share of the first advance originally requested in the Secretariat letter to the Parties of February 20, 2014.
29. By letter of May 11, 2015, Claimants asked the Tribunal to suspend this arbitration or, in the alternative, to grant Claimants an extension to file their Memorial on the Merits of at least 60 days beyond its deadline (120 days from the date of the Tribunal's Rule 41(5) Decision). At the invitation of the Tribunal to respond, Respondent opposed the request on May 15, 2015. By letter of May 18, 2015, the Tribunal, after considering the Parties' positions, and the ICSID Arbitration Rules, decided to deny Claimants' suspension request because Respondent opposed it and none of the instances that would permit the suspension of the proceeding under the ICSID Arbitration Rules apply to the current situation. The Tribunal, also denied Claimants' request for an extension of the time limit to submit their Memorial on the Merits, since the deadline was two months away.

Award

30. By letter of May 22, 2015, Mr. Roberto Aguirre Luzi of the law firm of King & Spalding advised the Tribunal and Claimants of King & Spalding's withdrawal as counsel for Claimants in this case, and that any future correspondence should be forwarded to TGGE's Managing Partner, Mr. Jeffery Carlitz.
31. By letter of June 1, 2015, Mr. Carlitz, on behalf of Claimants, after referring to King & Spalding's letter of May 22, 2015, informed the Tribunal that they were seeking new counsel to represent them. By letter of June 1, 2015, Respondent commented on this development.
32. By communication of June 3, 2015, the Tribunal informed the Parties (i) that it had taken note of Claimants' communication of June 1, 2015 regarding counsel; (ii) that the procedural timetable remained unaltered; and (iii) that, as a consequence, Claimants' Memorial on the Merits was due on July 15, 2015.
33. By letter of July 1, 2015, Claimants requested a 30-day extension of the deadline for the filing of their Memorial on the Merits. This was followed by observations from Respondent of July 7, 2015, and a response from Claimants of July 8, 2015.
34. By letter of July 8, 2015, the Tribunal (i) granted the extension requested by Claimants for filing their Memorial on the Merits by August 14, 2015; (ii) adjusted the deadline for Respondent's Counter-Memorial on the Merits, which at Respondent's request would then be due by December 18, 2015; and (iii) invited Claimants to confirm their counsel and to provide their contact details to opposing counsel by July 10, 2015.
35. On August 14, 2015, Claimants filed their Memorial on the Merits.
36. On December 18, 2015, Respondent filed the Memorial on Jurisdiction, a Request for Bifurcation, and a Request for Provisional Measures related to Security for Costs. Given the holiday period, the Tribunal invited Claimants' comments by January 6, 2016.
37. By letter of January 4, 2016, Claimants requested additional time to submit their responses to Respondent's Requests for Bifurcation and for Provisional Measures related to Security

Award

for Costs. On January 5, 2016, the Tribunal extended the deadline of January 6th by one week, to January 13, 2016.

38. On January 13, 2016, Claimants filed their response to Respondent's Requests for (i) Bifurcation and (ii) Provisional Measures related to Security for Costs of December 18, 2015.

39. On January 21, 2016, the Tribunal issued Procedural Order No. 2, concerning Respondent's Request for Bifurcation. In its Order the Tribunal decided:

“1. To determine the jurisdictional objections of Respondent as a preliminary question and, hence, to suspend the proceedings on the merits.

2. To fix a time limit of 60 days as of the date of this order for Claimants to file their Counter-Memorial on Jurisdiction to the extent Claimants wish to supplement their submissions on jurisdiction already in the record of the proceeding.

3. To confirm that, as provided in Procedural Order No. 1, the Tribunal will decide whether another round of submissions on jurisdiction is warranted after it has had the opportunity to review Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction.”

40. Also on January 21, 2016, the Tribunal issued a Decision on Respondent's Request for Provisional Measures Relating to Security for Costs. In its Decision, the Tribunal, after analysing the requirements of a request for provisional measures under Article 47 of the ICSID Convention and Arbitration Rule 39(1), found that although Respondent had specified in its request the right to be preserved (the right to claim reimbursement of its arbitration cost) and the measures to be recommended, “the measure requested is of doubtful need and urgency”. The Tribunal noted: “On balance and given the decision of the Tribunal to bifurcate the proceeding, the Tribunal is of the view that the potential limitation on the procedural rights of Claimants outweighs the relatively minor increase in arbitration costs. If requested, the Tribunal would be willing to reconsider this matter in light of its understanding of the case if the Tribunal in due course upholds jurisdiction.” For the above reasons, the Tribunal rejected Respondent's Request for Provisional Measures.

41. On March 16, 2016, Claimants requested the suspension of the proceeding (the “Suspension Request”).

Award

42. On March 19, 2016, the Tribunal reminded Claimants that, regardless of the Tribunal's eventual decision on the Suspension Request and in accordance with the Tribunal's Procedural Order No. 2 of January 21, 2016, Claimants had until March 21, 2016 to file their Counter-Memorial on Jurisdiction to the extent Claimants wished to supplement their submissions on jurisdiction already in the record of the proceeding.
43. On March 21, 2016, Claimants re-affirmed their request for suspension and Claimants did not file the Counter-Memorial on Jurisdiction.
44. On March 23, 2016, Respondent opposed the Suspension Request.
45. On March 25, 2016, the Tribunal issued Procedural Order No. 3 concerning Claimants' Suspension Request. The Tribunal recalled that on occasion of the first suspension request, the Tribunal had informed the Parties that "[n]o provision of the ICSID Convention or ICSID Arbitration Rules allows for the unilateral suspension of arbitral proceedings." The Tribunal decided:
 - a. To deny the Suspension Request.
 - b. That the Tribunal is ready to decide the Respondent's objections to its jurisdiction on the basis of the current written record.
 - c. To invite the Parties to inform the Tribunal by no later than April 4, 2016 whether they agree to limit the proceeding on jurisdiction to the written phase.
 - d. If the Parties do not agree to limit the proceeding on jurisdiction to the written phase, to consult with the Parties on potential dates for the hearing on Respondents' objections.
 - e. To reserve its position on the allocation of costs related to the Suspension Request."
46. By letters of April 4, 2016, each Party confirmed its agreement to limit the proceeding on jurisdiction to the written phase, without an oral hearing.
47. On April 16, 2016, the Tribunal (i) informed the Parties that, in accordance with their agreement, the Tribunal would proceed to decide Respondent's objections to its jurisdiction on the basis of the written record; and (ii) requested the Parties to file submissions on costs by May 3, 2016. On May 2, 2016, Claimants filed a Statement of Costs, and on May 3, 2016, Respondent filed a Submission on Costs.

48. On May 13, 2016, at the invitation of the Tribunal, each Party filed observations on the costs of the other.
49. On June 2, 2016, the Tribunal declared the proceeding closed in accordance with Arbitration Rule 38(1).

III. JURISDICTIONAL OBJECTIONS

A. Factual Background

50. On November 7, 2003, the *Ente Regulador de los Servicios Públicos* (“ASEP” in its current acronym) granted by Resolution JD-4324 to La Mina Hydro-Power Corp. (“La Mina”), a Panamanian company owned by Mr. Julio César Lisac, a Panamanian national, a concession to design, build and operate a hydroelectric power plant at Bajo de Mina in Panama (the “Concession”)³. ASEP and Mr. Lisac in representation of La Mina entered into a 50-year concession contract on May 3, 2005 (the “Concession Contract”)⁴. On October 21, 2005, the Office of the Comptroller General of Panama ratified the Concession Contract.
51. The Concession Contract required that construction of the hydroelectric power plant (the “Project”) start within twelve months of the date of ratification by the Comptroller (Clause 5.1) and the power plant be completed and commence operations within 24 months (Clause 5.2). The State had the right to terminate the Concession Contract if the concessionaire failed to meet these deadlines (Clauses 26.1 and 26.2).⁵
52. On October 17, 2006, La Mina requested a six-month extension of the deadline to start construction. To grant the extension ASEP required evidence from the lenders that they were willing to finance the Project. La Mina did not provide the evidence requested. On December 20, 2006, ASEP issued Resolution AN No. 490 terminating the Concession

³ Memorial on the Merits, para. 11. Exhibit 033, Resolution JD-4324 of November 7, 2003 from the *Ente Regulador de Servicios Públicos*.

⁴ Exhibit C-1, Contract for the Concession for Hydroelectric Generation Bajo de Mina, May 3, 2015.

⁵ Exhibit C-1.

Award

Contract because of La Mina's failure to start construction within twelve months of the Concession Contract ratification⁶.

53. On January 2, 2007, La Mina filed before ASEP a request for reconsideration of Resolution AN No. 490. On January 22, 2007, ASEP issued Resolution AN No. 584 rejecting the request for reconsideration because there were no new elements that would justify revision of Resolution AN No. 490.⁷
54. On March 16, 2007, La Mina filed before the Third Chamber of the Supreme Court of Panama an appeal for administrative review and a petition for injunctive relief seeking to stay the implementation of Resolution AN No. 490. On November 6, 2007, the Third Chamber rejected the request for injunctive relief.
55. In parallel to the administrative review proceedings, ASEP opened a bidding process for the construction and operation of a hydroelectric power plant at Bajo de Mina. On May 10, 2007, ASEP conferred to CICSA (now Ideal Panama S.A. ("Ideal")), by Resolution AN No. 812, the exclusive right to obtain all necessary permits to enter into a concession contract with ASEP.
56. On March 12, 2008, ASEP granted to Ideal, by Resolution AN No. 1523, the concession rights to the Bajo de Mina hydropower plant. On March 27, 2008, ASEP entered into a concession contract with Ideal for the Bajo de Mina hydropower Project (the "Ideal Concession Contract"). The Comptroller General ratified it on April 11, 2008.
57. On August 18, 2010, an Order of the Third Chamber of the Supreme Court "recognized and approved a transfer of La Mina's interest in the litigation to Mr. Lisac."⁸
58. On November 11, 2010, the Third Chamber issued its judgment (the "Third Chamber Judgment") and declared: i) Resolutions AN No. 490 and AN No. 584 to be incorrect, ii) the Concession Contract to remain in force and any other concession cancelled, and iii) Mr.

⁶ Exhibit C-3, Resolution AN No. 490-ELEC, December 20, 2006.

⁷ Exhibit C-35, Resolution AN No. 584-ELEC, January 22, 2007.

⁸ RFA, para. 16.

Award

Lisac to be holder of the *crédito litigioso* (right to bring action) arising from these judicial proceedings.

59. On December 17, 2010, TGGE and Mr. Lisac signed the Memorandum of Understanding (“MOU”)⁹
60. On January 5, 2011, ASEP filed a request for clarification of the second holding of the Third Chamber Judgment. On January 12, 2011, the Third Chamber rejected this request.
61. On February 14, 2011, ASEP issued a resolution ordering that La Mina be registered in ASEP’s records as a power generating company and as party to the Concession Contract.
62. Six months later, on August 8, 2011, Mr. Lisac informed ASEP that La Mina had approached Ideal to negotiate the purchase of the land pertaining to the Concession and the improvements built by Ideal.
63. On September 30, 2011, TGGE and Mr. Lisac signed the Partnership and Transfer Agreement (“PTA”).
64. Incorporation of TGGE Panama on October 6, 2011.
65. On October 27, 2011, Mr. Gondola, Mr. Lisac’s counsel, filed a request with ASEP for the execution of the 2010 Judgment, and informed ASEP that Mr. Lisac had assigned his rights to the Concession Contract to TGGE Panama.
66. On November 25, 2011, ASEP issued Resolution AN No. 4946 rejecting Mr. Gondola’s request for enforcement of the 2010 Judgment by means of the recognition of the Concession Contract’s assignment to TGGE Panama; ASEP’s approval for the assignment had not been requested by Mr. Lisac as mandated by law and the holder of the Concession continued to be La Mina.

⁹ Exhibit C-48, MOU between TGGE and Mr. Julio César Lisac.

Award

67. Mr. Gondola filed a request for reconsideration of this rejection, which ASEP denied on December 15, 2011 (Resolution AN No. 4995).
68. On December 29, 2011, Mr. Lisac sent a communication to ASEP requesting the direct transfer of the Concession to TGGE Panama. Because the documentation attached to the request was incomplete, ASEP requested further documentation on January 26, 2012, including the audited statements of TGGE Panama and evidence that TGGE Panama had the technical and financial capability to develop and operate the Project.
69. On January 31, 2012, the Cabinet issued Resolution No. 11 authorizing ASEP to proceed to the *rescate administrativo* of the Concession on grounds of urgent social interest as permitted under Clause 30 of the Concession Contract. To this effect, the Ministry of Economy and Finance and the Comptroller General selected three valuation experts. Their subsequent valuation Report concluded that La Mina was not entitled to compensation for the *rescate administrativo* because La Mina's liabilities to the State were greater than the sums expended.
70. On May 1, 2012, the Cabinet authorized ASEP to proceed with the *rescate administrativo* of the Concession. On May 3, 2012, ASEP declared the *rescate administrativo* of the Concession by Resolution AN No. 5296.
71. On May 9, 2012, La Mina filed a request for reconsideration seeking revocation of Resolution AN No. 5296. ASEP upheld this resolution absent new evidence to the contrary.
72. On June 8, 2012, ASEP restored the concession right of Ideal to the construction and operation of the Project.
73. On July 16, 2012, the La Mina power plant began commercial production of electricity.
74. Since then Mr. Lisac has initiated several judicial proceedings with the objective of recovering the Concession. The Tribunal will describe them in its consideration of the jurisdictional objections.

B. Respondents' Objections

75. Respondent submits that the Tribunal has no jurisdiction on five counts: (a) There is no investment under the BIT or the ICSID Convention, (b) Claimants have manipulated the international investment treaty system in order to create an international dispute over a pre-existing domestic dispute, (c) Claimants have waived their right to bring a dispute at ICSID, (d) their claim based on the Most-Favored Nation Clause is without merit, and (e) TGGE Panama is a domestically controlled entity.

(1) Respondent's Arguments

a. Absence of an Investment

76. Respondent argues that Claimants have made no investment under the BIT or the ICSID Convention. According to Respondent, Claimants fail to identify how their purported investments meet the jurisdictional requirements of the BIT. Respondent contends that the BIT does not extend to investments not yet made or not yet belonging to the investor. According to Respondent, the Claimants' activities were pre-investment activities: contacts with ASEP and negotiations with Ideal. These activities at most resulted in an attempt to acquire the rights to the Concession. The purported rights to the Concession of Claimants were in fact nothing more than projections, as shown by the terms of the Partnership and Transfer Agreement ("PTA")¹⁰ and the Claimants' own pleadings. The PTA did not effectuate the transfer of Mr. Lisac's purported concession rights to TGGE Panama; "it merely constituted an agreement with respect to efforts to be undertaken *in hopes of acquiring* the Concession."¹¹

77. Respondent further argues that Claimants do not own or control the rights to the Concession because it was not possible for Mr. Lisac to have transferred them. First, La Mina and not Mr. Lisac was the holder of the Concession, as recognized by ASEP and Panamanian

¹⁰ Exhibit C-007 and Exhibit R-007 (resubmitted version of C-007 to dispute the English translation submitted by Claimants), Partnership and Transfer or Rights Agreement Entered Into by Julio César Lisac Jiménez and TransGlobal Energy, LLC. [[hereinafter "PTA"]]

¹¹ Memorial on Jurisdiction, para. 156. Emphasis in the original.

Award

courts.¹² Second, the *crédito litigioso* could not give Mr. Lisac the power to transfer the Concession, only the ability to become the plaintiff party in La Mina's challenge to Resolution AN No. 490 of ASEP. A *crédito litigioso* is procedural in nature; it is a legal tool to create standing before an adjudicatory body.¹³ Third, at most, Mr. Lisac had the right to request the transfer of the Concession and, even if it would be assumed that he had the right to request the transfer on his own behalf instead of on behalf of La Mina, he needed the approval of ASEP for the transfer to be effective.¹⁴

78. According to Respondent, even if Mr. Lisac had the right to the Concession, this right was never vested in Claimants, and Claimants cannot assert claims that they may eventually come to own, but did not own at the time of the relevant State conduct. The PTA provides that the assignee is required to submit documentation to show its financial and technical capability. Respondent opposes the Claimants' argument to the effect that reference to Law 22 of 2006 was a mistake because it was enacted after the Concession; in fact, the same approval requirement can be found in Law 56 of 1995 applicable to the Concession. Respondent similarly opposes Claimants' argument that Article 21 of the Concession on liens permitted the transfer and only required the concessionaire to inform ASEP. Respondent explains that Article 21 concerns liens on the assets of the hydroelectric plant and not the Concession itself.¹⁵

79. Respondent points out that the PTA itself recognizes the need of approval for the transfer by ASEP and includes five more conditions for the transfer to be effective. Of these conditions only one has certainly been satisfied: the incorporation of TGGE Panama on October 6, 2011. No evidence has been provided as to the fulfillment of the other conditions.¹⁶

¹² Memorial on Jurisdiction, paras. 161-163.

¹³ *Id.* paras. 164-166.

¹⁴ *Id.* paras. 167-168.

¹⁵ *Id.* paras. 171-189.

¹⁶ Memorial on Jurisdiction, paras. 190-193.

80. Respondent disputes the assertion of Claimants that the PTA by itself constitutes the investment. Respondent explains that a contract is

“[A] vehicle for the legal rights and property rights contained therein—it does not necessarily represent ownership or control of an investment in the respondent State. As a result, such an agreement between two parties is not of itself an “investment;” rather only the rights contained therein may constitute an “investment” should they meet the definition of “investment” under the ICSID Convention and the relevant BIT”.¹⁷

According to Respondent, since the rights subject of the PTA are not themselves “investments” within the meaning of the ICSID Convention or the BIT, it follows that the PTA itself is not an investment.

81. Respondent reviews the various arguments advanced by Claimants to show that their investment qualifies as such under the BIT. Respondent notes that Claimants’ Memorial on the Merits abandons the allegation that their investment consisted of shares in TGGE Panama.¹⁸ Respondent moreover refers to the statement of Claimants’ counsel in the First Session that the PTA “entails claims to money, claims to performance having economic value, and they are associated with a concession regarding a hydroelectric power plant, which is a classic example of an investment.”¹⁹ For Respondent it is not clear to what monies Claimants purport to be entitled. The reference could be to the sum to be paid in consideration for the assignment of the rights under the Concession, but the only potential claims to money arising under the PTA are those that could be asserted by Mr. Lisac against TGGE.²⁰

82. Respondent also refers to Claimants’ assertion at the First Session that their investment consists of a contract regarding the right to use natural resources under Article I(d)(vi) of the BIT. Respondent rejects this assertion on the grounds that the PTA was only a private

¹⁷ *Id.* para. 194.

¹⁸ *Id.* paras. 202-203.

¹⁹ *Id.* quoted in para. 204.

²⁰ *Id.* para. 204.

agreement to transfer concession rights once certain conditions had been met, which never happened.²¹

83. Respondent explains that Claimants have articulated their claims as being appurtenant to the rights to the Concession and the PTA, and not to the Bajo de Mina hydroelectric Project itself. Respondent argues that Claimants have provided no evidence of any contribution to the acquisition of the rights to the Concession, of the duration of such hypothetical or the risks assumed, or how such rights might contribute to Panama's development.²²
84. As regards the PTA, Respondent argues that it does not meet any objective definition of investment under the ICSID Convention; it is only a vehicle for the rights contained in the contract. Furthermore, the capital commitments of TGGE in the MOU and the PTA are only agreements to make future payments; Claimants have failed to show how these commitments satisfy the criterion of an effective contribution to the host country's economy. According to Respondent, the ICSID Convention requires an actual investment, not only a planned or attempted investment.

b. Abuse of the International Investment Treaty System

85. Respondent contends that Claimants have wrongfully attempted to create artificial international jurisdiction over a domestic dispute. Respondent observes the pre-existing elements of Mr. Lisac's dispute with ASEP and the State, which arose when ASEP issued Resolution AN No. 490 terminating the La Mina Concession Contract: i) the Third Chamber reinstated La Mina as the holder of the Concession in its judgment of November 11, 2010; ii) Mr. Lisac filed a complaint on May 27, 2011, against ASEP's resolution of February 14, 2011, because it failed to cancel any concession of the Bajo de Mina plant granted to a third party and to recognize Mr. Lisac as the holder of the *crédito litigioso*; iii) on August 5, 2011, Mr. Lisac initiated before the Third Chamber an Administrative Action for Damages against ASEP and the State and requested as relief A) damages caused by the failure to execute the November 11, 2010 judgment, B) to declare the State liable, and C) to order the

²¹ Memorial on Jurisdiction, para. 207.

²² *Id.* paras. 225-216.

Award

State to compensate for lost profit until ASEP returned the Concession. Then, on September 30, 2011, Mr. Lisac entered into the PTA with TGGE with the stated purpose of “individually or jointly look for and obtaining mechanisms to enable the execution of the November 11, 2011 Judgment, and enable the partnership to acquire the concession rights, that is, THE PROJECT.”²³ In view of the foregoing, Respondent contends that “Mr. Lisac's introduction of a foreign investor into the ownership of a domestic project, at a time when the project was already embroiled in a domestic dispute—and for the *stated purpose* of seeking mechanisms to resolve such dispute—unquestionably amounts to an abuse of process on the part of the Claimants. It is therefore incumbent upon the Tribunal to decline jurisdiction over all claims in this arbitration.”²⁴

c. Waiver of the Right to Bring a Dispute at ICSID

86. Respondent refers to the rule of Article 26 of the ICSID Convention that consent to ICSID arbitration is exclusive to any other remedy. Respondent argues that ICSID tribunals have applied a subject matter test to determine whether this rule has been breached. Respondent points out that in this arbitration Claimants allege breach of the BIT by Panama because of its refusal to enforce the November 11, 2010, Judgment and the expropriation of the Concession as a means to circumvent it. Respondent adduces the numerous instances in which Mr. Lisac individually or jointly with TGGE Panama has tried to enforce this judgment in Panama. Respondent also refers to the fact that Mr. Lisac acts on behalf of TGGE Panama by virtue of the power of attorney conferred upon him by the Articles of Incorporation of that entity. Thus Mr. Lisac is the same party as Claimants when acting on behalf of the partnership.²⁵
87. Respondent concludes that Claimants, in their own capacity or acting through Mr. Lisac have already sought before domestic fora what they are seeking before ICSID and on the same fundamental basis. Therefore, “Claimants are not permitted to consent to ICSID

²³ Memorial on Jurisdiction, paras. 217-230.

²⁴ *Id.* para. 231. Emphasis in the original.

²⁵ *Id.* paras. 232-248.

Award

arbitration, as they have already chosen to take their matter to Panamanian regulatory authorities and various Panamanian courts.”²⁶

88. For these reasons, Respondent submits that Claimants are precluded by the fork-in-the-road clause of the BIT from pursuing their claims before ICSID. Respondent notes that some tribunals have narrowly interpreted the term “dispute” in fork-in-the-road clauses by requiring an identity of Parties, objects and causes of action of parallel proceedings. Respondent further notes that no tribunal that has applied the triple identity test has found the fork-in-the-road clause to have been triggered, thus depriving this clause of practical significance. Respondent rather argues in favor of applying the “fundamental basis” test applied by the tribunals in *Pantechniki* and *H&H Enterprises*. Otherwise the triple identity test would deprive Article VII(3)(a) of the BIT of its practical effect in violation of Article 31 of the Vienna Convention. The objective of Article VII(3)(a) is “undermined if Claimants are permitted to bring successive cases that, despite raising somewhat differing causes of action, are co-extensive and share the same ‘fundamental basis’ or ‘normative source’”.²⁷ Respondent thus submits that resolution of the domestic proceedings will require a ruling on the legality of the *Rescate Administrativo* of the Concession and the alleged refusal of the State to reinstate the Bajo de Mina Concession in accordance with the Third Chamber Judgment of 2010.²⁸

d. The Claim based on the Most-Favored-Nation Clause is without
Legal Merit

89. Respondent argues that Claimants have failed to allege facts that, even if proven, could meet the legal threshold of a MNF claim. According to Respondent, Claimants have not demonstrated that they were in a “like situation” with Ideal, that Respondent treated Ideal more favorably than Claimants, and that the treatment of Claimants by Respondent is

²⁶ Memorial on Jurisdiction, para. 248.

²⁷ *Id.* para. 256.

²⁸ *Id.* para. 259.

unrelated to a legitimate State interest. For these reasons, Respondent contends that the claim should be dismissed *in limine*.²⁹

e. TGGE Panama is Domestically Controlled

90. Respondent contends that, because Mr. Lisac, a Panamanian national, controls TGGE Panama, the Tribunal lacks jurisdiction over all claims in respect of TGGE Panama. Respondent refers to the objective set forth in the Preamble of the BIT to create favorable conditions for investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party. Similarly, one of the key objectives of the ICSID Convention is to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors. Respondent disputes Claimants' assertion that TGGE Panama is controlled by TGGE simply because the latter owns 70% of the shares and Mr. Lisac owns only the remaining 30%. According to Respondent, Mr. Lisac effectively controls Transglobal Panama with nearly 90% of the voting rights.³⁰
91. Respondent explains that the share distribution alleged by Claimants is contingent on several conditions: i) payment of US\$50,000 by TGGE to Mr. Lisac; ii) TGGE Panama must be incorporated; and iii) the Board of Directors, presumably of TGGE Panama, must agree to the issuance of the share certificates. Respondent notes that there is no evidence that the first and third conditions have been met.³¹
92. Respondent further argues that, even if the share certificates had been distributed according to the terms of the MOU, the effective owner and controller of TGGE Panama is Mr. Lisac and not TGGE. Respondent explains that there are 10,000 shares of TGGE Panama outstanding. Of these shares, 6,650 were to be deposited in a trust, and have no voting rights, as agreed by the Parties to the MOU. They may be released from the Trust only after the raising of US\$205,000,000 for the acquisition of the power plant and the payment to Mr. Lisac of US\$20,000,000.³² Respondent notes that there is no evidence that these conditions

²⁹ Memorial on Jurisdiction, paras. 261-278..

³⁰ *Id.* paras. 279-295.

³¹ *Id.* paras. 296-298.

³² *Id.* para. 299.

have been satisfied. This means that Mr. Lisac owns 89.55% of the total voting shares – 3000 out of 3,350– and TGGE only the remaining 350. Respondent asserts that such a minority stake cannot meet the foreign control test under Article 25(2)(b) of the ICSID Convention.³³

93. In further support of its argument that Mr. Lisac is the real owner of TGGE Panama, Respondent points out that Mr. Lisac has acted on behalf and in representation of TGGE Panama in all TGGE Panama's formal requests before the Panamanian regulators. In addition, the PTA provides that “Lisac shall carry out all relevant and administrative formalities to -- jointly or individually -- obtain, by virtue of the execution of the 11 November 2010 Decision, the assignment of the Project concession to Transglobal Green Energy de Panama S.A. and the means to implement the Project.” The PTA also provides that “all activities approved by the partners of Transglobal Green Energy de Panama S.A. shall be executed by means of the power granted to Lisac.” This power is granted in the Certificate of Incorporation of TGGE Panama. Respondent concludes that all available evidence indicates that Mr. Lisac owns and controls TGGE Panama.³⁴

(2) Claimants’ Arguments

94. As already noted, Claimants did not avail itself of the opportunity of submitting a Counter-Memorial on Jurisdiction. Claimants’ arguments on jurisdictional objections are thus limited to those presented as part of their Memorial on the Merits where they addressed Respondent’s Preliminary Objections under Arbitration Rule 41(5). Respondent’s Jurisdictional Objections and Memorial on Jurisdiction did not pursue the objection based on the Annex of the BIT, which according to Respondent excludes investments in energy or hydroelectric power generation. While Claimants addressed this objection in their Memorial on the Merits, the Tribunal does not need to decide it.
95. According to Claimants, TGGE made an investment in Panama by signing the investment contract with Mr. Lisac by which the Parties agreed to create a special purpose company,

³³ Memorial on Jurisdiction, paras. 300-301.

³⁴ *Id.* paras. 302-303.

namely TGGE Panama.³⁵ In addition, TGGE agreed in the investment contract to reimburse to Mr. Lisac the funds that he had previously invested and to pay Mr. Lisac funds for, inter alia, obtaining the Concession (Articles 7 and 8 of the MOU).³⁶

96. Claimants argue that TGGE Panama made an investment by acquiring the Concession rights by contract with Mr. Lisac. According to Claimants, this is the case irrespective of whether ASEP recognized the assignment to TGGE; Mr. Lisac needed only to inform ASEP of the assignment, which he did. In any case, Claimants contend that the investment made by TGGE exists independently of the approval of the assignment by ASEP.
97. Claimants affirm that TGGE Panama is majority owned by TGGE because TGGE holds 70% of the shares. As to “foreign control” required by Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, Claimants note that other ICSID tribunals have held that the concept of foreign control is flexible³⁷ or that a tribunal “may consider any approach based on the administration, voting rights, ownership of shares or any other reasonable theory for the purpose.”³⁸ Since “foreign control” is not defined in the ICSID Convention or the BIT, Claimants argue that foreign control should be interpreted in light of Panamanian law. Claimants refer to Executive Decree No. 22 of June 19, 1998, which defines “control” of a power generation or distribution company that holds a concession.³⁹ According to this decree, control is exercised when an individual or an entity owns directly or indirectly more than 50% of the shares, or has the right to appoint the majority of board members, or has the right to veto decisions of the board or of the shareholders, or has the right to appoint, remove or replace the manager, legal representative, president, secretary or treasurer, or has the power by itself or through third parties to bind the company by contract without need for such agreement or contract to be approved by the board or shareholders’ meeting.⁴⁰

³⁵ Claimants’ Memorial on the Merits, paras. 24-26.

³⁶ Exhibit C-48, MOU between TGGE and Mr. Julio César Lisac.

³⁷ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, October 21 2005, paras. 280-281 (CL-6).

³⁸ Claimants’ Memorial, para. 108.

³⁹ *Id.* paras. 110-111. Exhibit CL-7.

⁴⁰ Claimants’ Memorial on the Merits, para. 111.

Claimants also refer to Article 50 of Panama's Company Act, which provides that the board of a company shall have absolute control and full management of the affairs of a company.⁴¹

98. Claimants recall that the contract between Mr. Lisac and TGGE stipulates that membership of the board is proportional to the percentage of shares of each Party, and that the PTA establishes that the board of TGGE Panama shall have five members, of which three are to be appointed by TGGE and two by Mr. Lisac. Claimants conclude that for purposes of the ICSID Convention and the BIT, TGGE Panama is under foreign control.⁴²
99. Claimants assert that TGGE and TGGE Panama have submitted the dispute only to this Tribunal and not to the Panamanian courts; hence, Claimants meet the requirements of Article VII(3) of the BIT.⁴³

(3) Analysis of the Tribunal

100. The Tribunal may choose to consider the objections to its jurisdiction in any particular order. The Tribunal will start by considering the objection based on abuse of the international investment treaty system by Claimants' allegedly wrongful attempt to create artificial international jurisdiction over a pre-existing domestic dispute. The Tribunal has chosen to consider this objection first, because the existence of abuse of process is a threshold issue that would bar the exercise of the Tribunal's jurisdiction even if jurisdiction existed.⁴⁴
101. The Tribunal notes at the outset that Claimants have ignored the issue of abuse of process altogether. Respondent first raised this issue in its Memorial on Jurisdiction. Thus, Claimants were not aware of it when they filed their Memorial on the Merits and yet they decided not to file a Counter-Memorial on Jurisdiction even after the Tribunal reminded Claimants that their second suspension request dated March 16, 2016 did not dispense them

⁴¹ *Id.* para. 112.

⁴² *Id.* paras. 114-116.

⁴³ *Id.* paras. 154-155.

⁴⁴ See *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, June 1, 2012, para. 2.10.

from having to meet the established deadline for such pleading.⁴⁵ Instead, in their letter of March 21, 2016, filed within a few days of the due date of the Counter-Memorial on Jurisdiction, Claimants, referring to their second suspension request, explained that

“the purpose of our entry into this arbitration to begin with was to have the Bajo de Mina concession in TGGE’s name, we felt it would not be in the best interest for TGGE to expend more money, time or resources in the arbitration at this moment since we believe the ruling will now be executed. Instead we consider that with this recent Supreme Court ruling by the plenum, we should then achieve justice in Panama through the contract we have with our Panamanian Partner. TGGE again requests a suspension of the proceedings from the Tribunal until the Supreme Court Plenary of Panama orders are executed or resolved in Panama. Upon execution we will terminate these proceedings.”⁴⁶

102. There is a line of consistent decisions of arbitral tribunals on objections to jurisdiction based on abuse of the investment treaty system. In *Phoenix* the tribunal stated:

“If it were accepted that the Tribunal has jurisdiction to decide Phoenix’s claim, then any pre-existing national dispute could be brought to an ICSID tribunal by a transfer of the national economic interests to a foreign company in an attempt to seek protections under a BIT. Such transfer from the domestic arena to the international scene would ipso facto constitute a “protected investment” – and the jurisdiction of BIT and ICSID tribunals would be virtually unlimited. It is the duty of the Tribunal not to protect such an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs. It is indeed the Tribunal’s view that to accept jurisdiction in this case would go against the basic objectives underlying the ICSID Convention as well as those of bilateral investment treaties.”⁴⁷

103. To determine whether an abuse of rights has occurred, tribunals have considered all the circumstances of the case⁴⁸, including, for instance, the timing of the purported investment, the timing of the claim, the substance of the transaction, the true nature of the operation⁴⁹, and the degree of foreseeability of the governmental action at the time of restructuring.⁵⁰ For purposes of the analysis of this objection, the Tribunal will consider the timing of the

⁴⁵ Tribunal’s letter to Claimants dated March 19, 2016.

⁴⁶ Claimants’ letter to the Tribunal dated March 21, 2016.

⁴⁷ *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (April 15, 2009), para. 144 [hereinafter *Phoenix v. Czech Republic*] (RL-035).

⁴⁸ *Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10, 2010, para. 177 (RL-038). *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, January 9, 2015, para. 193 [hereinafter *Renée Rose Levy v. Peru*] (RL-017).

⁴⁹ *Phoenix v. Czech Republic*, paras. 136-140 (RL-035).

⁵⁰ *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, February 8, 2013, paras. 194 and 197 (RL-040).

Award

alleged investment, the terms of the transaction in which it was to be effected, and some relevant incidents in the course of this proceeding. In so doing, the Tribunal will *pro tem* assume the validity of Claimants' factual assertions with respect to the merits.

104. The Tribunal first notes that the Third Chamber Judgment, dated November 11, 2010, had ordered the restitution to La Mina of the concession to construct, exploit, and maintain the La Mina power plant and left without effect the transfer of the *crédito litigioso* to any third party in contradiction with the Third Chamber Judgment.
105. TGGE signed the MOU on December 17, 2010, just over one month after the date of the Third Chamber Judgment. In the MOU Mr. Lisac undertook to supply TGGE all the documentation he had related to the Project. TGGE made the commitment to a complete due diligence in respect of all aspects of the Project with the objective of confirming the information previously provided by Mr. Lisac.⁵¹
106. The PTA was signed on September 30, 2011. During the intervening time, on February 14, 2011, ASEP registered La Mina Hydro-Power Corp. in the books of ASEP as an electric power generating company, because it had concluded with ASEP a Concession Contract for the construction, exploitation and maintenance of the hydroelectric power station known as Bajo de Mina.
107. Six months later, on August 8, 2011, Mr. Lisac addressed to ASEP a letter on behalf of La Mina in which Mr. Lisac explained that he had approached Ideal in order to purchase directly from it the buildings pertaining to the Concession and to pay for the improvements already made. Mr. Lisac warned ASEP that, if this approach did not succeed, they (Mr. Lisac used the plural) would have recourse to an enforcement action to which they were entitled by law as the concessionaires of La Mina.⁵²
108. This was the situation when Mr. Lisac and TGGE signed the PTA on September 30, 2011. The whereas clauses of the PTA recite that: (i) Ideal purchased land and the power plant at

⁵¹ Exhibit C-48, MOU, Article 6.

⁵² Exhibit C-6, Letter to ASEP dated August 8, 2011.

its final stage of construction (*Considerando* 1.5); (ii) the purpose of the PTA is for TGGE and Mr. Lisac to pay Ideal for the land and the construction (*Considerando* 1.5); (iii) the Third Chamber Judgment had been communicated to ASEP but the latter had not complied with it (*Considerando* 1.6); (iv) TGGE had undertaken to collaborate through TGGE Panama in the “*perfeccionamiento*” of the compliance with the Third Chamber Judgment (*Considerando* 7).

109. The object of the PTA was for TGGE and Mr. Lisac to establish TGGE Panama in order “to jointly or individually seek and obtain mechanisms that permit the execution of the Sentence of November 11, 2010 [...]”⁵³ The first obligation undertaken by TGGE in the PTA was to assist in the compliance with such judgment and in the administrative processes necessary for ASEP to approve TGGE Panama as the Concession holder.⁵⁴
110. The collaboration in the enforcement of the Third Chamber Judgment was a distinctive change from the terms of the MOU. The MOU set forth understandings limited to the execution and commercial operation of the Project, the setting up of a new special purpose company, and payments to be made to Mr. Lisac. The PTA reflected a new reality. By then, according to Claimants, ASEP had failed to comply with the Third Chamber Judgment and its enforcement takes a prominent place in the object of the PTA and the obligations of the Parties.
111. The voting arrangements in TGGE Panama and the principle of exclusive execution by Mr. Lisac of acts agreed by the shareholders provided in the PTA revealed Mr. Lisac’s intent to remain in *de facto* control of TGGE Panama irrespective of the percentage of shares held and at the same time to benefit from the foreign nationality of TGGE for the purpose of pursuing this arbitration. Thus the third whereas clause (*Considerando* 3) of the PTA specifies the percentage of shares of each shareholder in TGGE Panama, and then provides in mandatory terms that TGGE Panama shall deposit the share certificates of TGGE with a

⁵³ Exhibit C-007 and Exhibit R-007, PTA Clause 1. Translation of the Tribunal.

⁵⁴ Exhibit C-007 and Exhibit R-007, PTA Clause 2. A).

Award

trustee acceptable to both shareholders.⁵⁵ Furthermore, as long as the certificates are in deposit, TGGE shall not have the right to vote pertaining to these shares. The same provision records the Parties' understanding that all activities agreed by the shareholders of TGGE Panama shall be carried out by way of the power of attorney granted to Mr. Lisac.

112. The PTA provisions on the distribution of the proceeds of an eventual sale of the power plant or of receipt of compensation reflects the predominant role of Mr. Lisac disproportionate to his shareholding in TGGE Panama. TGGE and Mr. Lisac agreed to change the proportion of the percentages of the proceeds of a sale or of compensation to which they would otherwise be entitled. Mr. Lisac would receive 80% and TGGE 20% of such proceeds. TGGE and Mr. Lisac further agreed that to the extent that compensation would be received, the proceeds should be paid first in the trust constituted as part of the purposes of the PTA, which would forthwith disburse the funds to TGGE and Mr. Lisac in the proportion set forth above.⁵⁶ It is telling that the proportion to be received by TGGE would not take into account the substantial contribution TGGE undertook to make in the MOU and then in the PTA, and that there is no record of TGGE ever making any contribution other than the US\$50,000 paid to Mr. Lisac at the time of the signing of the PTA.

113. The procedural developments related to the pursuit by Mr. Lisac of the execution of the Third Chamber Judgment in Panama prompted Claimants twice to request the suspension

⁵⁵ The Annex to the PTA on “*Ejecución Financiera del MOU*” provides more detail on the distribution of shares of TGGE Panama: 3000 for Mr. Lisac, 350 for TGGE and 6650 for TGGE. These 6650 shares are the shares deposited with a trustee until certain financial conditions are met by TGGE. There is no record in this arbitration that such conditions were ever met.

⁵⁶ Exhibit C-007 and Exhibit R-007, PTA Clause 3, paragraph 2. It will be useful to transcribe the Spanish text of Clause 3.2 summarized above by the Tribunal:

“2) En el caso que se ofrezca el pago de una indemnización o un pago en concepto de venta o cesión, en favor de quien ostente los derechos sobre el Contrato de Concesión “DEL PROYECTO”, se variará la proporción de los porcentajes reconocidos a LOS ASOCIADOS y en ese caso será reconocida a favor de LISAC el 80% de la suma resultante de tal pago, y el porcentaje restante a TRANSGLOBAL, es decir el 20%.

En este punto, LOS ASOCIADOS acuerdan que en caso de realizarse el pago de una indemnización este se hará efectivo a favor de un Fideicomiso que LOS ASOCIADOS constituyen como parte de los propósitos de este Contrato. El Fideicomiso inmediatamente tendrá la obligación de desembolsar a favor de LISAC en la proporción de 80% y a favor de TRANSGLOBAL en la proporción de 20%.”

Award

of this arbitration. Both suspension requests reveal the intimate relationship of the ongoing court proceedings in Panama and this proceeding, and confirm the intent of Mr. Lisac to internationalize his domestic dispute with Panama. On April 21, 2015, the Third Chamber of the Supreme Court ordered the execution of its judgment of November 11, 2010. This prompted Claimants to attempt to justify their application for suspension by reference to Mr. Lisac's request to ASEP

“to confirm if intend [sic] to comply with this final judgment from Panama's highest court, and made himself available to collaborate in this process and are working with their local partner to make sure the concession is transferred in the most efficient manner.”

These developments are at the core of Claimants' treaty claims and affect the preparation of Claimants' case in this arbitration”.

114. On March 16, 2016, TGGE applied for suspension of the arbitration. TGGE explained that

“The Supreme Court has once again ordered the execution of its own judgment of 11 November 2010. As this would lead to the fulfillment of the contract between Mr. Lisac and TGGE, and the ability of TGGE to complete its investment, which is why this arbitration was started; TGGE respectfully requests a suspension of these proceedings until the first and most recent orders of the Supreme Court are executed or until the Panamanian state decides, once again, to illegally intervene.”⁵⁷

115. TGGE concluded:

“Accordingly, our request for temporary suspension of the arbitral procedure is based on the fact that there should be reasonable time granted to ensure *that the procedures provided for at the national level for the execution of the judgment of the Supreme Court and corresponding contractual rights, both of which have a direct impact on the process and result of this arbitration*, so that both the parties and the tribunal will be able to bring all their actions in this regard should it be necessary. Hopefully, the government of Panama will allow the unfettered execution of the judicial orders of the Supreme Court and *no further action will be necessary in this arbitration*.”⁵⁸

116. It follows from the preceding that Mr. Lisac inserted TGGE and TGGE Panama into the process of pursuing the execution of the Third Chamber Judgment at a time when it was clear that there was a problem with its implementation. Even if it were accepted that on December 17, 2010, when the MOU was signed, it had seemed likely that the implementation of the sentence would proceed without difficulty, this was not the case at

⁵⁷ Request for suspension of March 16, 2016, para. 10.

⁵⁸ Id. para. 20. Emphasis added by the Tribunal.

Award

the time of the signing of the PTA on September 30, 2011. By then, Mr. Lisac had threatened ASEP with enforcement action based on the Third Chamber Judgment.

117. If the Tribunal considers the administrative and judicial actions initiated by Mr. Lisac in his own name or in the name of La Mina following ASEP's termination of the Concession Contract on December 20, 2006, the timing of the intervention of TGGE and TGGE Panama into the dispute is even more telling. By that time Mr. Lisac had already pursued the domestic remedies at the Supreme Court level and now sought international remedies with Claimants' assistance.
118. For all of these reasons, the Tribunal upholds Respondent's objection to its jurisdiction on the ground of abuse by Claimants of the investment treaty system by attempting to create artificial international jurisdiction over a pre-existing domestic dispute.
119. The Tribunal needs not consider the remaining objections since their success or failure would be indifferent to the decisive consequence flowing from this finding.

IV. COSTS

A. **Positions of the Parties**

120. The Tribunal invited the Parties to file submissions on costs. Respondent filed a statement of fees and expenses in the amount of US\$2,393,355.05, and a detailed submission in support of its request for a full award of costs and fees, including attorneys' fees, and compound interest at LIBOR plus two percentage points per annum on the amount awarded. Claimants filed no submission and only provided a statement of fees and expenses in the amount of US\$802,587.68.
121. Respondent has pointed out that, in cases of abuse of the arbitral process, tribunals have found that an award of full costs is particularly appropriate even if Respondent did not prevail on every request it made to the Tribunal. Respondent argues that Claimants' manner of prosecuting this arbitration has unnecessarily complicated Panama's analysis of the claims, and complains that Claimants failed to provide translations of core documents,

Award

submitted discrepant documentary evidence, and filed two suspension requests in the knowledge that Respondent would oppose them.

122. The Tribunal gave the Parties the opportunity to comment on each other's filings. Claimants voiced no objection to Respondent's expenses and simply noted what it considered the unnecessary length of Respondent's submissions.
123. As regards the statement presented by Claimants, Respondent suggested that, in view of the amount claimed on account of the costs of the First Session (US\$626,712.34 out of a total of US\$802,587.68), if the Tribunal were inclined to grant such costs, it would be appropriate for the Tribunal to seek further clarification from Claimants regarding their calculation. Furthermore, Respondent has reiterated its request that, in addition of being granted a full cost award, the Tribunal order that "one hundred percent (100%) of any funds remaining in the administrative account for this case be refunded to Panama as partial credit against a cost award in Panama's favor."⁵⁹

B. Analysis of the Tribunal

124. Under Article 61(2) of the ICSID Convention the Tribunal has discretion to allocate costs between the Parties. In their statements of fees and expenses, as requested by the Tribunal, the Parties have broken down the total amount into categories reflecting the costs related to specific parts of the proceeding.
125. ICSID tribunals have used their discretion to divide the costs of the proceedings equally between the parties or to rule that costs follow the event. There are ample instances of either outcome. In the case of successful jurisdictional objections based on abuse of process, tribunals have tended to decide that claimants should bear the costs of the proceeding. As regards the attorneys' fees and expenses of claimants, the record is mixed. In *Phoenix*, the tribunal found the respondent's legal fees and expenses to be reasonable and decided that claimant should bear them.⁶⁰ On the other hand, the tribunal in *Renée Rose Levy* noted that

⁶⁰ *Phoenix v. Czech Republic*, para. 152 (RL-035).

Award

“the Claimants sought to minimize the costs of the proceedings, which is not the case of their opponent, as the disparity of the costs figures shows. In these circumstances, the Tribunal finds it fair that the Claimants pay to the Respondent the amount of USD 1,571,858.72, *i.e.*, the sum which they themselves considered necessary to present their case, as a contribution to the Respondent’s fees and expenses.”⁶¹

126. The starting point for the Tribunal in a case of abuse of process is that Claimants should bear the costs of the proceeding and attorneys’ fees and expenses of Respondent, provided that the latter are reasonable. This Tribunal, like the tribunal in *Renée Rose Levy*, does not believe that a finding of abuse of process precludes an assessment of the proportionality of fees and expenses claimed on both sides. The Tribunal accepts that the fits and starts of Claimants’ pleadings likely increased Respondent’s counsel costs. The Tribunal is also concerned about the cavalier attitude of Claimants as shown by the repeated requests for suspension of the proceeding even though counsel for Respondent had previously advised Claimants that Respondent would oppose the requests. Moreover, although the Tribunal, when rejecting the first suspension request, had called attention to the fact that no provision in the ICSID Convention or the Arbitration Rules would permit the Tribunal to suspend the proceeding upon a unilateral request by one party, Claimants nevertheless filed a second suspension request.

127. On the other hand, the Tribunal rejected Respondent’s Requests for Shifting the Costs of the Arbitration to Claimants and for Provisional Measures relating to Security for Costs. The Preliminary Objection to Jurisdiction under Arbitration Rule 41(5) was clearly out of time and therefore rejected as such by the Tribunal, but the Tribunal nonetheless accepted it as a notice of future jurisdictional objections. After taking all these circumstances into account, the Tribunal concludes that Claimants should bear the attorneys’ fees and expenses of Respondent except for those claimed by Respondent for:

⁶¹ *Renée Rose Levy v. Peru*, para. 202 (RL-017).

Award

- (i) the Request for Shifting the Costs of Arbitration to the Claimants (US\$98,902.85),
- (ii) Timeliness of Preliminary Objections Pursuant to Rule 41(5) (US\$74,075.00), and
- (iii) Request for Provisional Measures relating to Security for Costs (US\$10,844.50)].

Given the finding of abuse of process, the Tribunal considers that the amount awarded should bear interest compounded annually at LIBOR plus two percentage points per annum.

128. Respondent's further request that the Tribunal order that the remaining funds in the administrative account for this arbitration be paid to Respondent, as a partial payment of an award of costs, based on the general authority of the Tribunal under Article 61(2) of the ICSID Convention, Arbitration Rules 28 and 47(j), and Administrative and Financial Regulation 14(3)(d).
129. The Respondent has not referred to any instance in which an ICSID tribunal issued such an order, and the Tribunal is not aware of any. Arbitration Rule 28(1) concerns the apportionment of the fees and expenses of the Tribunal, and Arbitration Rule 28(2) obliges the parties to submit a statement of costs. Arbitration Rule 47(j) is part of the checklist of items to be included in the award. It reads: "any decision of the Tribunal regarding the cost of the proceeding." This cannot possibly mean that the Tribunal may make a decision beyond the authority conferred upon it by the Convention and the Arbitration Rules. Administrative and Financial Regulation 14(3)(d) concerns the payment of the advances by the Parties. None of these rules empower the Tribunal to order the disposition of funds remaining in the arbitration account as requested by Respondent. The advances made by the Parties have been made for the payment of the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges of the Secretariat in the proportion fixed in the request for the advances. Short of an agreement to that effect by the Party that advanced the funds concerned, the Tribunal has no authority to dispose of such funds for another purpose. More importantly, as stated in Article 61(2), the decision of the Tribunal as to the expenses of the

Award

Parties and the fees and expenses of the members of the Tribunal shall be part of the award. In the view of the Tribunal, for it to direct the Secretariat to disburse to Respondent the remaining funds in the arbitration account would be tantamount to ordering the Secretariat to effect a partial execution of the Award. The Tribunal has no authority to issue such an order; nor would the Secretariat have basis for implementing it.

V. DECISION

130. For the above reasons, the Tribunal has decided:

- i) To uphold Respondent's objection of abuse of process, without needing to consider the other objections to its jurisdiction.
- ii) To award Respondent (i) the costs of the arbitration, comprising the fees and expenses of the Tribunal members and ICSID's administrative fees and expenses, as determined by ICSID in the final financial statement of this case, and (ii) legal fees and expenses of Respondent in the amount of US\$2,209,532.70.
- iii) That Claimants shall pay post-award interest on the aggregate amount resulting from subparagraph ii) *supra*, at the rate of LIBOR plus two percentage points, compounded annually, calculated from the date of the Award until full payment.
- iv) To reject Respondent's request for an award of any funds remaining in the administrative account for this case.
- v) To dismiss all other requests for relief.

Award

[signed]

Prof. Christoph Schreuer
Arbitrator
Date: May 20, 2016

[signed]

Prof. Jan Paulsson
Arbitrator
Date: May 24, 2016

[signed]

Dr. Andrés Rigo Sureda
President of the Tribunal
Date: May 31, 2016

LEGAL AUTHORITY CA-132

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIADI

Washington D.C.

en el procedimiento entre

VÍCTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE
(Demandantes)

y

LA REPÚBLICA DE CHILE
(Demandada)

Caso CIADI N ° ARB/98/2

LAUDO

Miembros del Tribunal
Profesor Pierre Lalive, Presidente
Sr. Mohammed Chemloul, Árbitro
Profesor Emmanuel Gaillard, Árbitro

Secretarias del Tribunal
Sra. Gabriela Álvarez-Ávila y Sra. Eloïse Obadia

Fecha de envío a las partes: 8 de mayo de 2008

REPRESENTANTES

de las partes demandantes:

Dr. Juan E. Garcés, Garcés y Prada, Abogados, Madrid, España,

con la cooperación de:

Sra. Carole Malinvaud y Sra. Alexandra Muñoz, Gide, Loyrette, Nouel, Paris, Francia,

Sr. Samuel Buffone, Ropes & Grey, Washington D.C., Estados Unidos, y

Sr. William W. Park, Profesor de Derecho, Boston University, Estados Unidos.

de la parte demandada:

Sr. Eduardo Escalona Vásquez – Jefe de la División Jurídica, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, República de Chile,

Sr. Eduardo Babdilla Brinkmann, Sr. Nicolás Muñoz Montes y Sr. Diego Rioseco Antezana – Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, República de Chile,

Sr. Jorge Carey Tagle y Sr. Gonzalo Fernández Ruíz, Carey & Cía. Ltda. Abogados, Santiago de Chile, República de Chile,

Sr. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter LLP, Washington D.C., Estados Unidos.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. PROCEDIMIENTO	7
III. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS	19
A. Hechos relativos a la inversión y la confiscación de los bienes en cuestión.....	19
B. Hechos relativos a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y de la Fundación Allende	26
IV. COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA SOLICITUD DEL SR. PEY CASADO.....	34
A. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI	36
1. Posición de las partes	36
a) Posición de la parte demandada.....	36
b) Posición de las partes demandantes.....	47
2. Conclusiones del Tribunal	57
a) El Sr. Pey Casado adquirió las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.	57
b) La adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. cumple el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI.....	75
B. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI.....	78
1. El derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad	82
2. El argumento de la privación de la nacionalidad chilena.....	84
a) Posición de las partes.....	84
b) Conclusiones del Tribunal	87
3. La nacionalidad del señor Pey Casado durante el período comprendido entre los años 1974 y 1996	90
4. El argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena.....	94
a) Posición de las partes.....	97
b) Conclusiones del Tribunal	100
C. El requisito del consentimiento.....	107
1. El requisito de inversión de acuerdo al APPI	107
a) Posición de las partes.....	107
i. Posición de la parte demandada	107
ii. Posición de las partes demandantes.....	113
b) Conclusiones del Tribunal	120
2. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI.....	133
3. El requisito de aplicación <i>ratione temporis</i> del APPI.....	136

a)	¿Se encuentra cobijada por el APPI la inversión efectuada por el Sr. Pey Casado en 1972?	139
b)	¿Se encuentran cobijadas por el APPI las diferencias invocadas por las partes demandantes?	139
i.	La diferencia de 1995	140
ii.	La diferencia del 2000	146
iii.	La diferencia de 2002	147
4.	La opción irrevocable (<i>fork-in-the-road</i>)	153
a)	La posición de las partes	154
i.	La posición de la parte demandada	154
ii.	La posición de las partes demandantes	156
b)	Conclusiones del Tribunal	158
i.	Exclusión de la rotativa Goss del objeto de las demandas presentadas en el arbitraje	159
ii.	La demanda basada en la denegación de justicia no riñe con la opción irrevocable, pues no es, por definición, lo solicitado ante las jurisdicciones locales	161
D.	Conclusión	162
V.	LA COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE.	162
A.	Resumen de los hechos	163
B.	Cuestiones de derecho	165
1.	El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI	166
a)	La validez de la cesión a favor de la Fundación Presidente Allende	167
i.	Posiciones de las partes	167
ii.	Conclusiones del Tribunal	169
b)	Los efectos de la cesión sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje	170
i.	Posiciones de las partes	171
ii.	Conclusiones del Tribunal	173
2.	El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI	176
3.	El requisito del consentimiento	178
a)	El requisito de inversión de acuerdo al APPI	179
b)	El requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI	181
c)	El requisito de aplicación <i>ratione temporis</i> del APPI	181
4.	Conclusión	183

VI. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA - LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONSULTAS AMISTOSAS POR PARTE DE LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE	183
VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES DEL APPI.....	185
A. Aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI.....	185
1. ¿Es suficiente el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último se apliquen con carácter retroactivo a la causa?	186
a) Posición de las partes.....	186
b) Conclusiones del Tribunal.....	187
2. ¿Constituyen las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del APPI un hecho ilícito continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas de este tratado?	190
a) Recapitulación de los hechos pertinentes	190
b) Posición de las partes.....	194
c) Conclusiones del Tribunal.....	196
i. Las disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables <i>ratione temporis</i> a la expropiación establecida por el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975	196
ii. Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000	201
iii. Las disposiciones sustantivas del tratado son aplicables a la denegación de justicia alegada.....	204
B. Fundamento de las supuestas violaciones.....	205
1. Recapitulación de los hechos	205
a) Decisión N° 43 - Indemnización de personas no propietarias.....	205
b) La ausencia de decisión con respecto a la rotativa Goss	206
2. Posiciones de las partes.....	207
a) Posición de las partes demandantes.....	207
b) Posición de la parte demandada.....	210
3. Conclusiones del Tribunal	211
VIII. DAÑOS	219
A. El daño sufrido por las partes demandantes.....	220
1. Posición de las partes demandantes	221
2. Posición de la parte demandada.....	222
3. Conclusiones del Tribunal de arbitraje	222

B. Intereses	227
1. Posición de las partes	227
2. Conclusiones del Tribunal	228
C. Conclusión sobre los daños y perjuicios	230
IX. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO	231
A. Posición de las partes	231
B. Conclusiones del Tribunal	232
X. PARTE DISPOSITIVA	235

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente litigio enfrenta, por una parte, a las dos partes demandantes, el Sr. Pey Casado, quien alega ser nacional español, y la Fundación española Presidente Allende, y por otra, a la República de Chile, Demandada (y Demandante en la excepción de incompetencia).
2. Las partes demandantes han incoado el presente procedimiento al amparo de la Convención de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, “*Convenio CIADP*”), ratificada por Chile el 24 septiembre de 1991 y por España el 18 de agosto de 1994, y del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, suscrito el 2 de octubre de 1991 y vigente desde el 29 de marzo de 1994 (en adelante, “*APPI entre Chile y España*” o “*APPI*”).
3. La controversia se refiere esencialmente a las consecuencias de la confiscación por parte del Gobierno de Chile de los bienes de las sociedades Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (en adelante “*CPP S.A.*”) y Empresa Periodística Clarín Ltda. (en adelante, “*EPC Ltda.*”), de las que las Demandantes alegan ser propietarias. Más adelante se expondrá un breve resumen de los hechos del caso, los cuales serán desarrollados en la exposición y el análisis de los planteamientos respectivos de las partes.

II. PROCEDIMIENTO

4. La controversia entre las partes ha dado lugar a un procedimiento arbitral excepcionalmente largo y complejo, en dos idiomas, el francés y el español, y cuyas principales etapas se pueden resumir como sigue:
5. El 2 de octubre de 1997, el Sr. Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje CIADI (con exclusión de lo relativo a una controversia específica relacionada con una rotativa que, en el presente laudo, se designará como rotativa Goss) y, el 6 de octubre de 1997, la Fundación Presidente Allende consintió a dicho arbitraje.¹
6. El 3 de noviembre de 1997, las dos partes demandantes interpusieron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “*el Centro*” o

¹ Anexos 10 y 2, respectivamente, a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

“*el CIADI*”) una solicitud de arbitraje contra la República de Chile. Solicitud ésta encaminada a que el Centro :

*“ - [tuviese] por interpuesta la presente Solicitud de arbitraje con sus cinco copias, por identificadas las partes y documentada la fecha de su consentimiento al arbitraje, por aportada información respecto de los asuntos objeto de la diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión extranjera, por acompañado el derecho de registro de la Solicitud [tuviese a bien] registrar ésta [la Solicitud] y, tras su substanciación, declarar ilegítima y contraria al Derecho Internacional la ocupación y confiscación de la inversión hecha por el ciudadano español D. Víctor Pey Casado, condenar a la República de Chile a pagar daños y perjuicios por un monto mínimo de US\$500.822.969, así como al pago de los intereses a partir de la fecha del laudo, de los honorarios y gastos del arbitraje, de los honorarios profesionales, y de todas aquellas otras condenas que el Centro estime justas ”.*²

7. El 6 de noviembre de 1997, el Centro acusó recibo de la solicitud de arbitraje y, conforme a lo dispuesto en el artículo 36(1) del Convenio CIADI, transmitió una copia de la solicitud a la República de Chile.
8. El 20 de abril de 1998, el Secretario General del CIADI procedió, a pesar de la oposición de la República de Chile, al registro de la solicitud de arbitraje conforme a lo dispuesto en el artículo 36(3) del Convenio CIADI y, el mismo día, notificó dicho registro a las partes.
9. El 14 de septiembre de 1998, conforme a lo dispuesto en el artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI, se constituyó el Tribunal de arbitraje, formado por el Juez Mohammed Bedjaoui, designado por las partes demandantes, el Sr. Jorge Witker Velásquez, designado por la parte demandada, y el Juez Francisco Rezek, designado por el Presidente del Consejo Administrativo y a quien se confió la presidencia del Tribunal. El 18 de noviembre de 1998, se solicitó al Embajador Galo Leoro Franco (Ecuador) que sustituyera al Árbitro Witker Velásquez, que había presentado su renuncia el 21 de octubre de 1998. De conformidad con la regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero, el Sr. Gonzalo Flores fue nombrado secretario del Tribunal.

² Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 9.

10. El 1 de febrero de 1999, la Demandada hizo llegar al Secretario General del CIADI una carta en la que alegaba la incompetencia del Centro y del Tribunal de arbitraje y solicitaba a este último que fijara plazos para que las partes sometieran sus escritos relativos a las excepciones preliminares a la competencia.
11. La primera sesión del Tribunal con las partes tuvo lugar el 2 de febrero de 1999 en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C. Se fijó un calendario para que las partes sometieran sus escritos y, el 23 de marzo de 1999, las Demandantes presentaron un memorial (con fecha 17 de marzo), en la que solicitaban al Tribunal que:

“[declarar] ilegítima, contraria a Derecho, nula y sin efecto ab initio la ocupación por acto de fuerza, seguida de la confiscación, de los bienes, derechos y créditos de CPP S.A. y EPC Ltda., así como la disolución de CPP S.A. y EPC Ltda.;

- [condenar] al Estado demandado a indemnizar proporcionalmente a la parte demandante por todos los bienes confiscados, por los daños y perjuicios causados por actos ilegales de fuerza, confiscación de bienes, derechos y créditos y disolución de las citadas Sociedades, incluidos el lucro cesante y los intereses compuestos compensatorios desde la fecha del acto de fuerza -11 de septiembre de 1973- hasta la fecha del Laudo - por un monto mínimo estimado provisionalmente a fecha de 11 de septiembre de 1999, salvo error u omisión, en US\$515.193.400, más el daño moral estimado en los términos que se especifican en el punto 4.6.6.2 de esta Memoria; y asimismo

- [condenar] al Estado demandado a pagar a la parte demandante intereses moratorios calculados en iguales términos que los compensatorios- subsidiariamente, según los fije discrecionalmente el Tribunal- a partir de la fecha del laudo y hasta su completo cumplimiento; así como le

- [condenar al Estado demandado] a pagar los gastos del procedimiento de arbitraje, incluidos los gastos y honorarios de los Miembros del Tribunal, los gastos por el uso de las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción, así como los gastos y honorarios profesionales de esta parte, abogados, asesores, expertos y otras personas convocadas a comparecer ante el Tribunal- o, subsidiariamente, los gastos de procedimiento de esta parte-, y a pagar todas aquellas otras condenas que el Tribunal estime justas,

*- y ordenar la ejecución provisional de la Sentencia que recaiga”.*³

³ Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, pp. 71 y 72.

12. El 20 de julio de 1999, la Demandada presentó un Memorial de incompetencia, afirmando, en particular, que:

“1) El Sr. Pey Casado tiene la nacionalidad chilena,

2) El Acuerdo para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones invocado no tiene efecto retroactivo y por lo tanto no puede aplicarse para resolver situaciones planteadas antes de su entrada en vigor,

3) Los activos reclamados no constituyen inversión extranjera,

4) La Fundación “Presidente Allende”, no sostuvo las consultas amistosas exigidas en dicho Acuerdo,

5) Los reclamantes optaron por la jurisdicción chilena renunciando con este acto a la jurisdicción internacional; y finalmente,

*6) El Estado de Chile jamás ha otorgado su consentimiento para que esta controversia pueda ser sometida al conocimiento de un Tribunal del CIADI”.*⁴

13. La Demandada concluía solicitando al Tribunal que declarase que la controversia “[*excedía*] de manera manifiesta la competencia del Centro” y estaba fuera de la jurisdicción del mismo y que no existía motivo plausible alguno que justificara el presente procedimiento, de lo que se deducía, en particular, que las partes demandantes debían ser condenadas al pago de las costas.⁵

14. El 13 de septiembre de 1999, la Demandada presentó una solicitud de medidas provisionales a fin de garantizar la solvencia de las partes demandantes para, llegado el caso, sufragar los gastos y las costas resultantes del procedimiento arbitral.

15. El 6 de octubre de 1999, las Demandantes presentaron una “*Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción plantada por la parte demanda*” (con fecha 18 de septiembre de 1999), solicitando al Tribunal de arbitraje :

“[Desestimar] íntegramente la cuestión de competencia interpuesta por la República de Chile,

[Declarar] su plena jurisdicción para conocer y resolver el diferendo jurídico que ante el mismo está planteado y

⁴ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 155.

⁵ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 156.

*[Disponer] la continuación del procedimiento, con imposición de las costas de este incidente”.*⁶

16. El 3 de enero de 2000, la Demandada presentó su “*Memorial de réplica sobre la incompetencia*” (con fecha 27 de diciembre de 1999), en el que se retomaban las conclusiones 1 a 6 de su escrito de 20 de julio de 1999, anteriormente citadas, y se concluía lo siguiente:

*“7) los intentos del Sr. Pey Casado de despojarse de la nacionalidad chilena para acceder a un Tribunal que en otra forma le estaría vedado, así como el traspaso del 90% de sus supuestos derechos a una fundación española con la evidente finalidad de conectar la controversia a un elemento extranjero, constituyen el más claro ejemplo de fraude a la ley”.*⁷

17. En los mismos escritos, la Demandada solicitó al Tribunal de arbitraje que se declarara incompetente. Asimismo, declaró que el Gobierno de Chile “*no discute que deba pagar una indemnización por los bienes confiscados por la cual ha dictado una ley especial. En el caso específico de la confiscación de los activos pertenecientes a Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y a Empresa Periodística Clarín Ltda., el Estado de Chile pagará la indemnización correspondiente a sus legítimos dueños, de acuerdo a un procedimiento que ya se encuentra bastante avanzado en beneficio de los afectados*”.⁸
18. El 11 de febrero de 2000, las Demandantes presentaron una “*Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada*” (de fecha 7 de febrero de 2000), en el solicitaban al Tribunal que desestimara las objeciones de la Demandada y que declarara su competencia para conocer el presente litigio.⁹
19. Las audiencias sobre el tema de la competencia del Tribunal de arbitraje tuvieron lugar entre el 3 y el 5 de mayo de 2000 en Washington D.C.
20. Con motivo de la dimisión del Juez Francisco Rezek, Presidente del Tribunal de arbitraje (sobrevvenida el 16 de marzo de 2001 y efectiva desde el 13 de marzo), el 11 de abril de 2001 se nombró al Profesor Pierre Lalive (Suiza) Presidente del Tribunal de arbitraje, que

⁶ Contestación a la Memoria sobre la cuestión de jurisdicción de la demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 134.

⁷ Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 159.

⁸ *Ídem*, p. 160.

⁹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 37.

quedó así reconstituido (se mantuvo al Juez Bedjaoui y al Embajador G. Leoro Franco en calidad de árbitros designados por las respectivas partes). El procedimiento se reanudó. El Secretario general del CIADI nombró a la Sra. Gabriela Álvarez Ávila como Secretaria del Tribunal en sustitución del Sr. Flores, que, entre tanto, había cesado temporalmente en sus funciones en el CIADI.

21. El 23 de abril de 2001, las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales encaminadas a conseguir la suspensión de la Decisión Ministerial N.º43 de Chile, de fecha 28 abril de 2000.
22. Con posterioridad a la audiencia celebrada en Ginebra el 21 de junio de 2001, el Tribunal de arbitraje dictó, el 25 de septiembre de 2001, una resolución sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes.¹⁰
23. El 26 de septiembre de 2001, el Tribunal de arbitraje dictó una resolución procesal con fecha 25 de septiembre de 2001 relativa a la aportación de documentos y a la organización de audiencias sobre el tema de competencia.¹¹ Las partes presentaron notas y observaciones. Las Demandantes entregaron, además, una solicitud para aportar nuevos documentos. Los días 29 y 30 de octubre de 2001, el Tribunal celebró una audiencia sobre el tema de competencia, tras la cual las partes presentaron un resumen de sus alegatos orales.
24. El 8 de mayo de 2002, el Tribunal de arbitraje, en aplicación del artículo 41 del Convenio CIADI, decidió por unanimidad “*unir al fondo las excepciones de incompetencia opuestas por la República de Chile*”, reservando la continuación del procedimiento.¹²
25. El 10 de mayo de 2002, el Tribunal dictó una resolución procesal por la que se establecía un calendario para la presentación de los escritos de las partes y se fijaba la fecha de las audiencias sobre la competencia y el fondo.¹³ Este calendario fue modificado

¹⁰ A saber, las medidas solicitadas por la parte demandada en su memorial de incompetencia y el 13 de septiembre de 1999 “con el fin de obtener garantías suficientes para cubrir las costas a las que la parte demandante pudiese, en su caso, ser condenada” y aquellas solicitadas por las partes demandantes el 23 de abril de 2001. Esta resolución se publicó en la revista del CIADI (16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 567 (2001) para la versión en lengua francesa y 16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 603 (2001) para la versión en lengua española).

¹¹ Resolución procesal N° 4-2001.

¹² Resolución de 8 de mayo de 2002, p. 55.

¹³ Resolución procesal N° 5-2002.

posteriormente por las resoluciones procesales N.º 6-2002 de 9 de julio de 2002, N.º 8-2002 de 20 de agosto de 2002 y N.º 11-2002 de 12 de diciembre de 2002.

26. El 16 de septiembre de 2002, las partes demandantes presentaron su memorial sobre la competencia¹⁴ y el fondo¹⁵ de fecha 11 de septiembre de 2002, instando en particular al Tribunal a que decidiera que:

“- la inversión ha sido efectuada en conformidad con el API y la legislación chilena;

- el Sr. Pey satisface los criterios de nacionalidad establecidos en el Convenio de Washington;

*- la Fundación Española está legitimada activamente y su solicitud es admisible”.*¹⁶

27. Confirmando sus conclusiones precedentes del 17 de marzo de 1999, las Demandantes concluyeron solicitando que:

“- condene al Estado demandado a indemnizar, por consiguiente, a las partes demandantes por todos los bienes confiscados, por los daños y perjuicios causados, incluido el lucro cesante desde la fecha del acto de fuerza -el 11 de septiembre de 1973- hasta la fecha del Laudo –por un monto mínimo estimado provisionalmente a fecha de 11 de septiembre de 2002, salvo error u omisión, de US\$397.347.287, más el daño moral y extrapatrimonial producido a D. Víctor Pey Casado que el Tribunal estime prudencialmente. [...]

*- condene al Estado demandado a pagar a las partes demandantes intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2002 y hasta su completo cumplimiento”.*¹⁷

28. El 8 de octubre de 2002, la Demandada presentó una solicitud para que se separaran los temas de responsabilidad de los de daños y perjuicios. El Tribunal de arbitraje desestimó esta solicitud mediante la resolución procesal N.º 9-2002 de 3 de diciembre de 2002.

29. El 4 de noviembre de 2002, las Demandantes presentaron una demanda complementaria “relativa a la compensación de los daños dimanantes de la requisita de una rotativa GOSS

¹⁴ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002.

¹⁵ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002.

¹⁶ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 178.

¹⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 150.

por las Autoridades de Chile confiscada el 11 de septiembre de 1973, y confiscada por el Decreto Supremo N.º 165 de 10 de febrero de 1975. Esta solicitud se fundamenta en las disposiciones del Acuerdo bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (API) convenido entre España y Chile el 2 de octubre de 1991, en particular en la cláusula de la nación más favorecida inserta en este instrumento, que le permite invocar igualmente el API concluido entre Suiza y la República de Chile el 24 de septiembre de 1999”.¹⁸

30. El 3 de febrero de 2003, la Demandada presentó un memorial de contestación sobre el fondo y la competencia, en la que se solicitaba al Tribunal de arbitraje :

“1) Desestimar la demanda presentada ante el CIADI por el Sr. Pey y la Fundación Presidente Allende por falta de competencia del Tribunal;

2) En el caso de que el Tribunal se declarase competente, desestimar la demanda por falta de responsabilidad por parte de la República de Chile;

3) En el caso de que el Tribunal se declarase competente y que además determinara que la República de Chile tiene responsabilidad, restringir el monto de los daños y perjuicios conforme a lo expuesto en el presente memorial y en el informe del experto Kaczmarek; y

*4) Ordenar el pago por parte de las Demandantes de los gastos incurridos por la República de Chile en el presente procedimiento de arbitraje”.*¹⁹

31. El 3 de marzo de 2003, las partes demandantes presentaron su réplica sobre el fondo y la competencia, de fecha 23 de febrero de 2003, que retomaba en su totalidad sus solicitudes precedentes.²⁰ El 4 de abril de 2003, la parte demandada presentó su dúplica sobre el fondo y la competencia, que retomaba, en particular, su solicitud de 3 de febrero de 2003.²¹
32. Finalmente, del 5 al 7 de mayo de 2003, el Tribunal de arbitraje celebró audiencias orales en Washington D.C. durante las cuales las partes expusieron y desarrollaron sus respectivos puntos de vista, respondieron a diferentes preguntas del Tribunal de arbitraje y confirmaron sus escritos.²²

¹⁸ Demanda Complementaria de las Demandantes de 4 de noviembre de 2002.

¹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 418.

²⁰ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 253.

²¹ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 64-69.

²² Transcripción de la audiencia celebrada los días 5 a 7 de mayo de 2003 en Washington D.C.

33. Al final de la audiencia de 7 de mayo de 2003, el Presidente precisó que el Tribunal, tras haber estudiado la totalidad de los escritos, documentos y alegatos respectivos, se reservaba la posibilidad de solicitar, en caso necesario, información complementaria, razón por la cual el procedimiento no debía considerarse aún “*cerrado*”.²³
34. En el transcurso del verano de 2005, el Presidente redactó un proyecto parcial de decisión sobre la competencia, cuyo texto, de carácter confidencial, presentó el 3 de junio al resto de los miembros del Tribunal para su posterior deliberación, prevista para el 19 de septiembre de 2005 en Nueva York.
35. Mediante carta de 23 de agosto de 2005, la República de Chile solicitó la recusación de los tres miembros del Tribunal de arbitraje, uno de los cuales (el Embajador Galo Leoro Franco, de nacionalidad ecuatoriana) presentó su renuncia mediante carta de 26 de agosto de 2005, alegando que había perdido la confianza de la parte que le había designado. Tras esta dimisión, Chile retiró por escrito su solicitud de recusación de este último. Dado que la dimisión del Sr. Leoro Franco, en vísperas de la deliberación del Tribunal fijada con su consentimiento, no parecía justificada por ninguno de los motivos previstos en el artículo 56(3) del Convenio CIADI y en la regla 8(2) de las Reglas de Arbitraje, la misma no fue aceptada por los otros dos miembros del Tribunal de arbitraje y se solicitó al Presidente del Consejo Administrativo que cubriera la vacante producida, tras esta petición, el Presidente procedió a designar al Sr. Emmanuel Gaillard, profesor de derecho y abogado en París.
36. Posteriormente se puso de relieve, en particular tras una entrevista concedida por el Sr. Robert Dañino, en aquel entonces Secretario General del CIADI, a una importante delegación chilena, a petición de esta, que la recusación solicitada por la Demandada en vísperas de la deliberación prevista por el Tribunal de arbitraje estuvo motivada en realidad por el conocimiento del proyecto de decisión parcial propuesto por el Presidente. Proyecto este que el Árbitro Leoro Franco creyó poder comunicar a la parte que le había designado, contraviniendo así la obligación incuestionable de respetar el carácter confidencial de los documentos de trabajo del Tribunal y el secreto de las deliberaciones.
37. La existencia de tal violación no solo no ha sido controvertida por la Demandada, sino que, al contrario, ha sido reconocida por esta. Subsiste solamente la duda sobre quién habría

²³ De acuerdo la regla 46 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; véase la transcripción de la audiencia celebrada los días 5 a 7 de mayo de 2003, p. 127 de la transcripción del día 7.

tomado dicha iniciativa, no obstante no incumbe a este Tribunal el pronunciarse sobre este tema, pese a las protestas y peticiones presentadas al CIADI por las Demandantes.

38. En lo referente a las recusaciones contra los dos árbitros restantes formuladas por la parte demandada, éstas se fundamentaban, en el caso del Sr. Bedjaoui, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argelina y, en el caso del Presidente, en supuestas dilaciones del procedimiento arbitral y en los temores manifestados acerca de su estado de salud (artículos 57 y 14 del Convenio CIADI).
39. El Presidente del Consejo Administrativo, competente en la materia,²⁴ prefirió (tal vez teniendo en cuenta la entrevista concedida al respecto a una de las partes por el entonces Secretario General del CIADI) remitirse a las recomendaciones del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. A resultas de ello, se desestimó la recusación del Presidente, a la vez que se admitió la recusación del Sr. Bedjaoui. Este último fue sustituido por un abogado argelino designado por las Demandantes, el Sr. Mohammed Chemloul.
40. El Tribunal, debidamente reconstituido,²⁵ se reunió en Ginebra en julio de 2006 para celebrar una primera sesión de trabajo y adoptó un calendario preliminar, tomando en consideración el tiempo que los dos nuevos árbitros necesitarían para estudiar un expediente tan voluminoso.
41. Tras haber consultado con las partes, en los meses de agosto y septiembre de 2006, sobre la conveniencia de celebrar una nueva audiencia, el Tribunal adoptó varias resoluciones procesales.
42. Primero, estimó “deseable, en virtud de la nueva integración del Tribunal de Arbitraje y del Artículo 12 del Reglamento, ofrecer a ambas partes la facultad de expresarse oralmente - quedando excluida una reapertura del procedimiento escrito- sobre un cierto número de puntos”.²⁶
43. También manifestó su preocupación por las “consecuencias posibles de la insólita inequidad procesal resultante del hecho que una de las Partes, y no la otra, tuvo

²⁴ Véase el artículo 58 del Convenio CIADI.

²⁵ Cf. la carta de 14 de julio de 2006 de la Secretaría del CIADI.

²⁶ Carta a las partes de 13 de septiembre de 2006.

conocimiento del proyecto de sentencia preparado por el Presidente y destinado a una deliberación que debía tener lugar en Nueva York en septiembre de 2005”. Por consiguiente, decidió comunicar oficialmente dicho proyecto a título de documento de trabajo, “con el fin de preservar los principios superiores de igualdad de las partes y de contradicción” y en el entendido de que dicha “comunicación no prejuzga en nada el resultado de la deliberación futura.”²⁷

44. El 2 de octubre de 2006, el Tribunal comunicó los temas sobre los que debía versar la exposición oral que probablemente las partes, desearían presentar en una futura audiencia.
45. Mediante la resolución procesal N.º 13 de 24 de octubre de 2006, el Tribunal de arbitraje fijó la fecha de celebración de dicha audiencia, prevista en las oficinas del Banco Mundial en París, para los días 15 y 16 de enero de 2007.
46. En una carta-memorial de 8 de noviembre de 2006, la Demandada solicitó al Tribunal que volviera a considerar “[su] decisión [...] de no autorizar siquiera una sola presentación por escrito de las partes” y “restringir el alcance de la audiencia solamente a las preguntas comunicadas a las partes el día 2 de octubre de 2006”.
47. En una carta complementaria de 17 de noviembre de 2006, los abogados de la Demandada retomaron y desarrollaron argumentos análogos, y criticaron el contenido y la forma de la resolución procesal N.º 13/2006.
48. Mediante la resolución procesal N.º 14/2006, el Tribunal de arbitraje rechazó las conclusiones de la Demandada y mantuvo los términos de la resolución N.º 13, al tiempo que destacó una serie de malentendidos y errores cometidos por esta parte en sus comunicaciones precedentes, en particular en lo relativo a la confidencialidad y el secreto de las deliberaciones.
49. En una carta de 15 de diciembre de 2006, la República de Chile enunció y recapituló sus diferentes objeciones a determinados considerandos contenidos en las resoluciones procesales N.º 13 y N.º 14.
50. Los días 15 y el 16 de enero de 2007, tal y como estaba previsto y sin que se produjeran incidentes, se celebraron en la sede del Banco Mundial en París las audiencias fijadas por

²⁷ Ídem.

el Tribunal de arbitraje. Según lo acordado, se entregó a las partes una transcripción en español y en francés de las exposiciones relativas a las preguntas del Tribunal y las respectivas respuestas.

51. Mediante carta de 18 julio de 2007, el Tribunal de arbitraje invitó a las partes a hacerle llegar los documentos que le permitieran conocer los montos precisos asignados a los beneficiarios de la Decisión N.º 43 adoptada por el Ministerio chileno de Bienes Nacionales el 28 abril de 2000, invitación a la cual las Demandantes respondieron con una carta de fecha 19 de julio de 2007. Ante la ausencia de respuesta por parte de la Demandada, el Tribunal de arbitraje, mediante carta de 3 de octubre de 2007, reiteró a ésta su invitación a pronunciarse, si así lo deseaba, acerca de la posición de las Demandantes sobre los montos asignados a los beneficiarios de la Decisión N.º 43. La Demandada respondió a esta invitación por medio de una carta de fecha 18 de octubre de 2007, respecto de la cual las Demandantes formularon observaciones suplementarias en una carta de fecha 29 de octubre de 2007. La Demandada formuló comentarios adicionales mediante carta recibida el 9 de noviembre de 2007 (aunque con fecha errónea de 18 de octubre de 2007).
52. En una carta de 24 de agosto de 2007, la Demandada envió al Tribunal de arbitraje las copias de dos decisiones recientes dictadas en casos CIADI, solicitando al Tribunal de arbitraje que las tomara en consideración durante sus deliberaciones. Las Demandantes, mediante carta de fecha 31 de agosto de 2007, solicitaron al Tribunal de arbitraje que *“[excluyera] del debate esos documentos por haber sido comunicados fuera del plazo, en violación de la regla dispuesta por el Tribunal según la cual ningún documento puede ya ser comunicado por las Partes salvo petición expresa del Tribunal”*. El Tribunal de arbitraje decidió, por unanimidad, confirmar su decisión anterior y excluir la reapertura del proceso escrito. Mediante carta de 3 de octubre de 2007, informó a las partes de que, *“desde luego se [había] mantenido y se [mantenía] al corriente de los desarrollos ‘jurisprudenciales’ o doctrinarios acaecidos desde la última audiencia de enero de 2007, y de ahí [estimaba] superfluo e inoportuno el autorizar nuevas presentaciones o comentarios”*.
53. Finalmente, mediante carta de fecha 3 de octubre de 2007, el Tribunal de arbitraje invitó a las partes a comunicar el monto de sus gastos y costas, incluidos los honorarios de sus

abogados y otros gastos incurridos en el presente arbitraje, acompañados de los justificantes correspondientes. Las partes respondieron a esta invitación en sus cartas de 23 de octubre de 2007 (en cuanto a las Demandantes) y de 3 de noviembre de 2007 (en cuanto a la Demandada), que la Secretaría entregó al Tribunal de arbitraje simultáneamente el 5 de noviembre de 2007. Las Demandantes formularon comentarios suplementarios acerca de los gastos y costas mediante carta de fecha 7 de noviembre de 2007, lo propio hizo la Demandada mediante carta de fecha 20 de noviembre de 2007.

54. Desde el punto de vista procesal, cabe señalar que la Sra. Eloïse Obadia fue designada Secretaria del Tribunal en sustitución de la Sra. Álvarez-Ávila a partir del 27 de agosto de 2007. Además, el Tribunal de arbitraje declaró cerrado el procedimiento el 31 de enero de 2008, en aplicación de la regla 38 de las Reglas de Arbitraje. En razón del depósito tardío de la traducciones en francés de ciertas comunicaciones y documentos producidos por la Demandada con anterioridad al cierre del procedimiento, el Tribunal se vió en la obligación de prorrogar por 30 días el término de 60 días previsto en la regla 46 de las Reglas de Arbitraje para redactar y firmar el laudo.

III. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

55. El presente litigio presenta, en suma, dos cronologías distintas de hechos pertinentes; la primera se refiere a los hechos relativos a las inversiones supuestamente realizadas por las Demandantes, en particular la compra de las sociedades CPP S.A. y ECP Ltda., así como a los acontecimientos que condujeron a la confiscación de estos bienes; la segunda se refiere a los hechos en base a los cuales el Tribunal de arbitraje debe decidir la cuestión relativa a la nacionalidad de las partes demandantes. En aras de la claridad, resulta conveniente resumir ambas cronologías de hechos por separado.

A. Hechos relativos a la inversión y la confiscación de los bienes en cuestión

56. Al resumir los hechos relativos a la inversión alegada por las Demandantes, es conveniente recordar brevemente el marco jurídico aplicable a las inversiones en Chile en los años sesenta.

57. El 30 de marzo de 1960,²⁸ mediante el Decreto N.º 258, se crea el Estatuto del Inversionista, que cobija “las personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, impulsar, ampliar, mejorar o renovar actividades productoras”. Sin embargo, se precisa que dichas operaciones concernientes a “los aportes a los que se refiere el presente decreto con fuerza de ley sólo podrán ingresar: a) en divisas y en créditos debidamente calificados; [...]”. Este Estatuto prevé que el Presidente del Estado puede otorgar distintas franquicias a los inversionistas que respeten las disposiciones del mismo.
58. El 24 de mayo de 1961, entra en vigencia en Chile el Tratado de Montevideo en virtud del Decreto N.º 269, así como el Decreto N.º 1272-1961, aprobado el 7 de septiembre de 1961.²⁹
59. El 3 de agosto de 1967, se crea la CPP S.A. con un capital inicial de 200.000 escudos, representado por 40.000 acciones. El Sr. Darío Sainte-Marie es propietario del 93% de las acciones.³⁰
60. El 4 de septiembre de 1967, se aprueba la Ley 16643, que restringe las inversiones extranjeras en algunos sectores de la economía chilena, entre los cuales se encuentra la prensa. El artículo 5 de dicha ley prevé que los periódicos deben pertenecer a nacionales chilenos o a una sociedad cuya propiedad debe estar en manos chilenas por lo menos en un 85%, bajo pena de multas administrativas.
61. El 9 de mayo de 1968, la sociedad CPP S.A. adquiere el 95,5% del capital de la sociedad EPC Ltda., sociedad editora del diario “El Clarín” fundada por el Sr. Sainte-Marie en 1955. El Director de dicho periódico es el Sr. Sainte-Marie, quien, desde los años 1957 y 1958 y, en particular, entre los años 1969 y 1970, cuenta con la ayuda de su amigo, el empresario Sr. Pey Casado.³¹

²⁸ Publicado el 4 de abril de 1960.

²⁹ Publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1961.

³⁰ Sin embargo, en la decisión de 8 de mayo de 2002, p. 9, se menciona un porcentaje del 99%, debido, al parecer, a un error de transcripción.

³¹ En ese sentido, véase la declaración del Sr. Pey Casado ante el Tribunal de arbitraje en el mes de mayo de 2003, Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 104.

62. El 30 de julio de 1969, según se alega, entra en vigor en Chile el Acuerdo de Cartagena en virtud del Decreto N.º 428. Al año siguiente, el 31 de diciembre de 1970, la Comisión de Cartagena aprueba un “*Régimen Común de Tratamiento (concedido) a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*”, también conocido como “*la Decisión N.º 24*”, que, de acuerdo con lo aducido por la parte demandada, entró en vigor en Chile en virtud del “*Decreto de Insistencia*” N.º 488 de 30 de junio de 1971, derogando el Decreto N.º 258 de 1960.³² En cuanto a las partes demandantes, éstas alegaron que este Régimen Común de Tratamiento (concedido) a los Capitales Extranjeros no se había aplicado en Chile antes del 11 de septiembre de 1973 y que la inversión del Sr. Pey Casado se regía en aquel entonces por las disposiciones del Decreto Ley 258/1960.³³
63. En 1972, el Sr. Sainte-Marie, por razones “*estrictamente personales*” y, al parecer, de índole familiar³⁴ decidió, supuestamente, vender la sociedad CPP S.A. a su amigo, el Sr. Pey Casado, quien, desde hacía ya tiempo, 1957-1958,³⁵ le había prestado asistencia como colaborador y consejero técnico, en particular con respecto al desarrollo y la ampliación de la empresa, y se había convertido en su “*más estrecho colaborador*”. El vendedor, Sr. Sainte-Marie, deseaba “*ausentarse del país de una manera definitiva y total*”. Razón por la cual, según el Sr. Pey Casado, el “*mecanismo por cual se hizo la transferencia de la empresa*” se habría producido de manera rápida y con menos formalidades de lo que se acostumbra en el ámbito comercial.³⁶
64. El 29 de marzo de 1972, se transfirió la suma de US\$500.000 desde una cuenta en un banco checoslovaco, a través de una cuenta en el banco Manufacturers Trust Co. en Londres,³⁷ a una cuenta que el Sr. Sainte-Marie tenía abierta en el Banco Hispano Americano de Madrid, en la cual dicha suma fue depositada finalmente el 4 de abril de 1972. El 30 de marzo del mismo año, el Sr. Pey Casado se convirtió en director de la

³² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 166 y ss.

³³ Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 56.

³⁴ Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p.104.

³⁵ Ídem, p. 103.

³⁶ Ídem, p. 104.

³⁷ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

sociedad CPP S.A. y el 6 de abril de 1972 habría recibido del Sr. Sainte-Marie 25.500 acciones de la sociedad CPP S.A. (con los formularios de traspaso firmados en blanco).

65. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie suscribieron (en Estoril, Portugal), un acuerdo que las partes demandantes consideran como la concertación final de la venta de la sociedad CPP S.A.³⁸ Por su parte, la parte demandada considera que dicho acuerdo no cumpliría con las condiciones formales de una transferencia de propiedad.³⁹
66. En la segunda mitad del año 1972, se efectuaron diversas transacciones en relación con las acciones de la sociedad. El 14 de julio de 1972, el Sr. Sainte-Marie transfirió un determinado número de acciones al Sr. González y, el 6 de septiembre de 1972, transfirió otras acciones al Sr. Venegas. De acuerdo con las Demandantes, las acciones de los Sres. González y Venegas les habrían sido enviadas al Sr. Pey Casado con los formularios de traspaso firmados en blanco, y dirigidos a este último. El Sr. Pey Casado habría utilizado los formularios de traspaso firmados en blanco que recibiera el 6 de abril para crear nuevas acciones a nombre de los Sres. González y Venegas, quienes, simultáneamente, le habrían remitido los originales de dichas acciones (con los correspondientes formularios de traspaso firmados en blanco por ellos).⁴⁰
67. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie otorga al Sr. Pey Casado, ante notario, un poder concediéndole a este último todos los derechos sobre el nombre del diario “*El Clarín*”, así como sobre el 4,5% de las acciones de la sociedad EPC Ltda.
68. El 2 de octubre de 1972, mediante un acta unilateral firmada en Ginebra, el Sr. Pey Casado habría concluido definitivamente el contrato de venta con el Sr. Sainte-Marie.⁴¹ El 3 de octubre de 1972, el vendedor, Sr. Sainte-Marie, recibió la suma de US\$780.000 en varios pagos realizados por el “*Bank für Handel und Effekten*”.⁴² De acuerdo con la Demandada, para quien el Sr. Pey Casado habría actuado en estas diversas transacciones en calidad de

³⁸ Véase, por ejemplo, la cronología proporcionada por las partes demandantes en su exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 17-23.

³⁹ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 288 y ss.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 19 y 20. Anexos 7 y 8 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴¹ Anexo C-66.

⁴² Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20.

mandatario más que en nombre propio, dicha suma habría sido depositada en la cuenta del Sr. Pey Casado mediante transferencia proveniente del Banco Nacional de Cuba el 26 de septiembre de 1972, un día después de la apertura de la cuenta por parte del Sr. Pey Casado.⁴³

69. El 18 de octubre de 1972, el Sr. Sainte-Marie transfirió acciones al Sr. Venegas y al Sr. Carrasco. Estos dos grupos de acciones habrían sido entregadas al Sr. Pey Casado “*con los formularios de traspaso firmados en blanco*”.⁴⁴ El 12 de diciembre de 1972, los estatutos de la sociedad EPC Ltda. fueron modificados y esta empresa pasó así a estar bajo el control efectivo y total de la sociedad CPP S.A.
70. El 11 de septiembre de 1973, el Presidente Allende es derrocado por un golpe militar que asume el poder en Chile. Las fuerzas armadas irrumpen en las oficinas del diario “*El Clarín*”, detienen a su Director⁴⁵ y a un cierto número de personas, y embargan locales y bienes.⁴⁶
71. El 14 de septiembre de 1973, el Sr. Pey Casado se refugia en la Embajada de Venezuela en Santiago. El 27 de octubre de 1973, abandona Chile.
72. En el ámbito de las confiscaciones sobre las que versa la reclamación de las partes demandantes, cabe señalar que el 21 de octubre de 1974, el Decreto Exento chileno N.º 276 aplica el Decreto N.º 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Se somete a examen la situación “*patrimonial*” del Sr. Pey Casado y de otras personas.
73. De acuerdo con la parte demandada, el Decreto N.º 600 de fecha 13 de julio de 1974 estableció un “*Estatuto de la Inversión Extranjera*”, el cual, junto con el Decreto N.º 746 de 9 de noviembre de 1974, confirmaría que la Decisión N.º 24 de la Comisión de Cartagena habría sido aplicada en Chile.⁴⁷ Posteriormente, el 10 de febrero de 1975, el Decreto N.º 165 ordena la disolución de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. y la transferencia de sus bienes al Estado. El Decreto N.º 580 de 24 de abril de 1975 aplica el

⁴³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 85-86.

⁴⁴ Anexo 4 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, y Anexo C-161.

⁴⁵ Véase la declaración judicial del Sr. Manuel Alberto Gamboa Soto, Director del diario Clarín, de 11 de septiembre de 1973, Anexo C-47.

⁴⁶ Decreto N.º 93 de 20 de octubre de 1973, Anexo 3 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁷ Véase su preámbulo y el artículo 19.1.

Decreto N.º 77 al Sr. Pey Casado y confisca un edificio de propiedad de la sociedad EPC Ltda. Estos textos, conjuntamente con el Decreto N.º1200 del 25 de noviembre de 1977, disponen o confirman la confiscación de “*ciertos bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes a Víctor Pey*”.

74. De acuerdo con las partes demandantes, todavía pesaba sobre el Sr. Pey Casado la prohibición de entrar libremente a Chile, por tanto éste no habría recibido notificación de tales medidas, y ni las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., ni el Sr. Pey Casado habrían estado representadas en dichos procedimientos.
75. En septiembre del año 1975, las autoridades tributarias de Chile entablaron procesos penales por presunto fraude tributario contra el Sr. Pey Casado y otras personas. El Sr. Pey Casado no habría recibido notificación de dicha querrela ni habría estado representado en el procedimiento judicial.⁴⁸ Con posterioridad al 11 de diciembre de 1975, el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos no le habría imputado ninguna infracción.⁴⁹ El 1 de septiembre de 1976, el Juez lo habría declarado “*rebelde*”.⁵⁰ En este proceso, las autoridades chilenas no habrían acusado al Sr. Pey Casado de haber cometido infracción alguna de las disposiciones del Decreto Ley N.º258/1960⁵¹ ni del Decreto N.º 482/1971 ni tampoco de la Decisión N.º24 o ni siquiera del Decreto Ley N.º1272/1961, que establecía el control de cambios.⁵²
76. Cabe señalar que, luego de la caída del régimen militar de Pinochet, los Decretos N.º276, 580 y 1200 fueron declarados nulos y sin efecto.
77. En cuanto al tema de los trámites tendientes a obtener una indemnización, resulta oportuno señalar que el 1 de febrero de 1995, el Sr. Pey Casado entabló ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago una demanda de restitución de la sociedad CPP S.A. y de los documentos relativos a la misma, demanda que fue objeto de una sentencia favorable

⁴⁸ Anexo D-19.

⁴⁹ Anexos C-189 y C-191.

⁵⁰ Anexo C-197.

⁵¹ Anexo C-111.

⁵² Anexo C-112.

dictada el día 29 de mayo de 1995 “habida cuenta del valor probatorio de los antecedentes”.⁵³

78. En 1995, las partes demandantes interpusieron ante el Presidente de la República (el 6 de septiembre de 1995) y ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago (el 4 de octubre de 1995) una demanda solicitando la restitución de la rotativa GOSS o la compensación por la pérdida de la misma. Dicha petición, que el Sr. Pey Casado reiteró al Presidente de la República el 10 de enero de 1996,⁵⁴ fue objetada el 17 de abril de 1996 por el Consejo Nacional de Defensa como representante de Chile ante el Tribunal Civil, por no tener el demandante legitimación activa (*locus standi*), debido a que el Sr. Pey Casado no era propietario y, por lo tanto, no estaba legitimado para actuar: en primer lugar, debido a que “*el demandante ha confundido su calidad de dueño del 99% del capital social de la ‘Empresa Periodística Clarín Limitada’, con la del titular del derecho de dominio sobre los bienes de esta’*; en segundo lugar y subsidiariamente, dada “*la validez del Decreto Supremo N.º 165, de 1975, del Ministerio del Interior*” que ordenaba la confiscación de CPP S.A. y de EPC Ltda.⁵⁵ No obstante, el Tribunal Civil aceptó considerar la demanda como admisible basándose en seis cuestiones preliminares.
79. El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey Casado de que la ley de indemnización que permitirá tratar las situaciones comparables a la del Sr. Pey Casado todavía no ha sido promulgada.⁵⁶ El 25 de junio de 1998, es decir, ocho meses después de la presentación de la solicitud de arbitraje en el presente procedimiento el 3 de noviembre de 1997, se promulga la Ley N.º 19.568 de restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado. Sin embargo, las partes demandantes informarían al Ministerio de Bienes Nacionales, mediante carta de 24 de junio de 1999, su decisión de no acogerse a la Ley N.º 19.568, debido a la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contemplada en el APPI entre Chile y España.⁵⁷

⁵³ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁴ Véase la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 8, y el Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁵ Anexo C-181.

⁵⁶ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁷ Carta de las partes demandantes al Ministerio de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32).

80. El 28 de abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó la Decisión N.º 43, considerada por las partes demandantes como una nueva confiscación o como una nueva manifestación de la confiscación de sus derechos derivados de su inversión (después de las del 10 de febrero de 1975, el 24 de abril de 1975 y el 25 de noviembre de 1977).⁵⁸ Esta decisión se adoptó mientras este arbitraje estaba en curso.

B. Hechos relativos a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y de la Fundación Allende

81. El Sr. Pey Casado nació en 1915, de padres españoles, en España, de donde emigró en 1939, tras la caída de la República, para establecerse en Chile, país en el cual vivió hasta 1973, cuando ocurrió el golpe militar encabezado por el General Pinochet.

82. En 1947, fue registrado en el Consulado español de Santiago como residente permanente en Chile.

83. El 24 de mayo de 1958, España y Chile suscribieron un Convenio de Doble Nacionalidad por medio del cual se permitía a los nacionales de los Estados contratantes adquirir la nacionalidad del otro sin perder por ello su nacionalidad de origen. En virtud de dicho Convenio, el Sr. Pey Casado solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena, mediante el Decreto Supremo N.º 8054 de fecha 11 de diciembre de 1958.

84. El 11 de septiembre de 1973, el Presidente Allende fue derrocado por un golpe militar que asumió el poder en Chile. El 14 de septiembre de 1973, el Sr. Pey Casado se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago. El 27 de octubre de 1973, luego de que, según él, las autoridades chilenas se negaron a otorgarle un pasaporte, el Sr. Pey Casado abandonó Chile gracias a un salvoconducto entregado por las autoridades. De acuerdo con las partes demandantes, es en ese momento cuando el Sr. Pey Casado habría sido privado *de facto* de su nacionalidad.

85. De acuerdo con la Demandada, en el mes de noviembre de 1973, el Sr. Pey Casado habría viajado a Perú con un pasaporte chileno N.º 014078, expedido el 2 de octubre de 1967, y el 23 de noviembre de 1973 habría firmado un poder a nombre de su hermano, identificándose con dicho pasaporte chileno y con una cédula de identidad chilena.⁵⁹ Sin

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 123-125 (Sra. Malinvaud).

⁵⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 20-21; Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 13-14.

embargo, según el Sr. Pey Casado, él habría realizado ese viaje con un pasaporte de urgencia de Venezuela. El pasaporte chileno había caducado el 12 de diciembre de 1971.

86. El 8 de noviembre de 1973, las autoridades militares chilenas promulgan el Decreto Ley N.º 77 que, conforme manifiestan las Demandantes, habría servido de base a la normativa del Decreto Supremo N.º 1726 de fecha 3 de diciembre de 1973 para justificar la confiscación de los bienes del Sr. Pey Casado, que se produjo mientras pesaba sobre él la prohibición de entrar libremente en Chile y sin que en este país hubiese habido una persona que se encargara de su representación, defensa e intereses en sus empresas rotativas.⁶⁰
87. El 8 de enero de 1974, las autoridades venezolanas expiden un pasaporte de urgencia al Sr. Pey Casado y, el 28 de enero, le otorgan asimismo una cédula de identidad para “*transeúnte extranjero*”.⁶¹ El 9 de enero de 1974, el Consulado de España en Caracas concede al Sr. Pey Casado una visa para España, válida para tres meses, que el Sr. Pey Casado utiliza el 31 de mayo de 1974 para trasladarse a España.
88. De acuerdo con la Demandada, el Sr. Pey Casado habría realizado, entre el 8 de enero y el 11 de junio de 1974, distintos viajes desde Perú a Colombia, Alemania y Estados Unidos, con tres pasaportes diferentes.⁶² El Sr. Pey Casado niega no sólo haber hecho estos viajes, sino también haber dispuesto de otros documentos de viaje distintos a los pasaportes de urgencia expedidos por Venezuela.⁶³ La Demandada reconoció en el curso de la audiencia del 6 de mayo de 2003 que “*quizá haya errores en los documentos [concernientes a los viajes del Sr. Pey Casado]; no nos consta*”.⁶⁴
89. El 4 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado se registra en la Municipalidad de Madrid y recibe un documento nacional de identidad español y un pasaporte español. De acuerdo con la parte demandada, el Sr. Pey Casado habría omitido registrarse en el Registro Civil Español, lo que, en opinión de ésta, habría sido necesario conforme al Convenio de Doble

⁶⁰ De hecho, la parte demandada no controvertió que el Sr. Pey Casado no hubiera regresado a Chile hasta 1989.

⁶¹ Anexos C-48 y C-253.

⁶² Véase, por ejemplo, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 48 y 49.

⁶³ Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 33-36, 170-171; Transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp. 30 y 44.

⁶⁴ Transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, p. 142.

Nacionalidad hispano-chileno, si éste hubiese deseado modificar su nacionalidad “efectiva”.

90. El 11 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado recibe un pasaporte español en Madrid, válido hasta el 10 de junio de 1979. En 1974, el Sr. Pey Casado se registra en el Consulado de España en Caracas, y, el 28 de enero de 1975, recibe por parte del gobierno de Venezuela una cédula de identidad de residente.
91. El 24 de mayo de 1977, se registra en el Consulado de España en Lima, del cual obtendrá varios pasaportes: el 25 de junio de 1979 (un pasaporte válido hasta el 24 de junio de 1984) y el 16 de enero de 1984 (un pasaporte válido hasta el 15 de enero de 1989).
92. El 14 de junio de 1984, el Ministerio del Interior de Chile aprueba el Decreto N.º 597 relativo a un reglamento de extranjería. De acuerdo con la parte demandada, este texto confiere plenos poderes a dicho Ministerio para determinar, en caso de duda, la nacionalidad extranjera.⁶⁵ Fue precisamente a este Ministerio al que el Sr. Pey Casado dirigió, el 10 de diciembre de 1996, una comunicación por medio de la cual puso en su conocimiento que él no revestía el carácter de beneficiario del Convenio de Doble Nacionalidad desde 1974.⁶⁶
93. El 17 de noviembre de 1988, el Sr. Pey Casado recibió un pasaporte del Consulado de España en Caracas (válido hasta el 16 de noviembre de 1993) y, el 18 de enero de 1989, renovó ante el mismo Consulado de España su documento nacional de identidad español.
94. De acuerdo con la Demandada, el hermano del Sr. Pey Casado, en su supuesto carácter de representante del mismo, habría declarado el 25 de marzo y el 12 de abril de 1989 que el Sr. Pey Casado era nacional chileno.⁶⁷ Además, siempre según la Demandada, el Sr. Pey Casado habría actuado en las actas constitutivas de la Fundación con su doble ciudadanía, hasta 1997.⁶⁸
95. Luego del fracaso de la candidatura del General Pinochet en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, el Sr. Pey Casado retornó a Chile el 4 de mayo de 1989, por primera vez desde

⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 226 y 227.

⁶⁶ Anexo C-21. Véase la contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 56 y 57.

⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 28.

⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 27.

1973. De acuerdo con las Demandantes, se trataba de una visita en calidad de turista deseoso de informarse sobre la situación de sus bienes, y, en especial, de sus acciones en la sociedad CPP S.A.⁶⁹

96. Según el Departamento de Servicios de Fronteras de la Dirección Nacional de Extranjería y Policía Internacional, el Sr. Pey Casado había entrado en Chile el 4 de mayo de 1989 “*como turista español*”, con su pasaporte español.⁷⁰ Y con esa misma calidad, el 22 de mayo de 1989 (es decir, 18 días después de su entrada) habría abandonado Chile, habría retornado a Chile (el 25 de mayo de 1989) y nuevamente salido y regresado varias veces, siempre con su pasaporte español, hasta noviembre de 1990.
97. Según la Demandada, el Sr. Pey Casado habría retomado su residencia en Chile y, el 6 de octubre de 1989, habría comparecido ante un notario en Miami, con el propósito de otorgar plenos poderes al Sr. Juan Garcés a fin de que éste creara la Fundación Presidente Allende, identificándose en esta instancia como doble nacional hispano-chileno.⁷¹
98. Fue el 16 de enero de 1990 cuando, tras el otorgamiento de un poder por el Sr. Pey Casado el 6 de octubre de 1989, se creó la Fundación Presidente Allende conforme al derecho español y se estableció su sede en España. En el Acta de Constitución, el Sr. Pey Casado es identificado como doble nacional chileno y español.⁷² El 6 de febrero de 1990, el Sr. Pey Casado, identificándose con un pasaporte español, compareció ante un notario de Miami y suscribió un contrato de cesión irrevocable, por una parte, y de aceptación de la cesión, por otra parte, en lo que respecta al “*patrimonio, títulos, derechos y créditos de cualquier naturaleza dimanantes de los contratos privados de compraventa que el CEDENTE celebró en 1972 con D. Darío Sainte-Marie Soruco, por el que este último vendió y D. Víctor Pey Casado compró el ciento por ciento de las acciones de CPP S.A. y EPC Ltda.*”⁷³ El 27 de abril de 1990, la Fundación Allende fue registrada como institución de beneficencia ante el Ministerio de Cultura español.

⁶⁹ Contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 69 y 70.

⁷⁰ Anexo 9 al Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999.

⁷¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 27 y 28.

⁷² Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003. Véase también el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 33.

⁷³ Anexo 18 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

99. Aproximadamente seis meses después, el 18 de octubre de 1990, el Sr. Pey Casado ingresó nuevamente a Chile con su pasaporte español. Posteriormente, el 5 de enero de 1991, el Sr. Pey Casado solicitó y recibió una cédula de identidad chilena.⁷⁴
100. El 20 de febrero de 1991, mientras se encontraba en Chile, el Sr. Pey Casado advirtió que había perdido su pasaporte español N.º 13.008, expedido el 17 de noviembre de 1988 y válido hasta el 16 de noviembre de 1993,⁷⁵ por lo que solicitó y obtuvo de las autoridades chilenas un pasaporte. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N.º 676 del 15 de febrero de 1966, por el que se aprobaba el Reglamento de Pasaportes, los extranjeros podían solicitar el pasaporte chileno en casos excepcionales.⁷⁶ El Decreto N.º 1.010 de 5 de septiembre de 1989, por el que se “*aprueba el Reglamento de Pasaportes Ordinarios y de Documentos de Viaje y de Títulos de Viaje para extranjeros*”, autorizaba la expedición de pasaportes a naturales extranjeros para salir del país.⁷⁷
101. Las autoridades chilenas constataron que el Sr. Pey Casado se había servido de dicho pasaporte chileno para entrar en Chile sólo en dos ocasiones, el 22 de agosto de 1991 y el 6 de noviembre de 1994, pero no había vuelto a utilizarlo después de haber viajado a España en el mes de mayo de 1997 y que las autoridades españolas le habrían expedido un pasaporte N.º 027703339-B el 28 de mayo de 1997, con validez hasta el 27 de mayo de 2007.⁷⁸ Aparentemente, este hecho corrobora las declaraciones que el Sr. Pey Casado realizara a este respecto ante el Tribunal de arbitraje.⁷⁹ Según la parte demandada, el Sr. Pey Casado viajó con este pasaporte chileno a los Estados Unidos el 5 de julio de 1991.⁸⁰
102. Llegados a este punto, procede recordar que el Convenio CIADI fue suscrito por Chile el 25 de enero de 1991 y entró en vigor el 24 de octubre de 1991, mientras que, en el caso de

⁷⁴ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 176 y 177.

⁷⁵ Anexo C-48.

⁷⁶ Anexo 15 al informe experto del Sr. Nogueira, presentado por la parte demandada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión francesa en el Anexo C-260, traducción en la Demanda incidental de las Demandantes de 23 de febrero de 2003, p. 39.

⁷⁷ Véanse los artículos 3, letra b) y 11 del Anexo 16 al informe experto del Sr. Nogueira, presentada por la parte demandada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión francesa en el Anexo C-260.

⁷⁸ Anexos 9 y 10 al Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999 y Anexo C-48.

⁷⁹ Durante las audiencias de los días 29 de octubre de 2001 y 7 de mayo de 2003; transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp.124 y 125.

⁸⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 31.

España, dicho Convenio fue firmado el 21 de marzo de 1994 y entró en vigor el 17 de septiembre de 1994. El 2 de octubre de 1991, Chile y España suscribieron el APPI, que entró en vigor el 29 de marzo de 1994.

103. Según la parte demandada, a partir del 20 de febrero de 1991, fecha de su solicitud de pasaporte, el Sr. Pey Casado se presentó en varias ocasiones como nacional chileno y, como tal, solicitó la asistencia de Chile al regresar a este país. Es así como, por ejemplo, el 17 de febrero de 1992, se inscribió en los registros electorales de Vitacura, como el 25 de mayo de 1992 acudió a la Oficina Nacional de Retorno para acogerse a los beneficios previstos para los nacionales y las personas que habían gozado de la nacionalidad chilena en el caso de que retornaran al país,⁸¹ y como, el 1 de agosto de 1992, suscribió un contrato de trabajo con su hermano, en el cual se identifica como ciudadano chileno. Asimismo, en agosto de 1992, se habría identificado en varias ocasiones con su cédula nacional de identidad chilena.⁸² El 17 de julio de 1993, se inscribió en el Registro Electoral de la Reina (un hecho admitido por las Demandantes, que, no obstante, alegan que las letras (CH) relativas a la nacionalidad no habrían sido escritas por el Sr. Pey Casado).⁸³ Chile presentó ante el Tribunal diversos documentos que respaldan la tesis según la cual el Sr. Pey Casado se presentó a si mismo (entre 1991 y enero de 1997) como ciudadano chileno con una cédula de identidad chilena o con un domicilio chileno.
104. El 23 de octubre de 1994, el Sr. Pey Casado viajó a Bolivia con un pasaporte chileno. De acuerdo con la Demandada, habría utilizado el mismo pasaporte en el transcurso de otro viaje a Bolivia que realizó el 6 de noviembre de 1994 y de un viaje a España vía los Estados Unidos el 21 de mayo de 1997.⁸⁴

⁸¹ El artículo 2 de la Ley N.º 18.994 de 14 de agosto de 1990, sobre el retorno de exiliados a Chile (véanse pp. 32 a 34 del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003), concede los beneficios de dicha ley a *“los exiliados que tengan o hayan tenido la nacionalidad chilena”*; Anexo 31 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión en francés en el Anexo C-259.

⁸² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 25 y ss.

⁸³ Véase la contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 70 y 71; Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 112-113.

⁸⁴ Véase, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 48 y 49.

105. El 29 de mayo de 1996, el abogado del Sr. Pey Casado envió una comunicación al Ministro de Asuntos Exteriores de España, en la cual declaró que, “*en cumplimiento de expresas instrucciones de [su] representado*”, invocaba el APPI entre Chile y España.⁸⁵
106. El 10 de diciembre de 1996, el Sr. Pey Casado había comunicado al Departamento de Inmigración de Chile que había fijado su residencia en España desde el año 1974 y que no pensaba acogerse al Convenio hispano-chileno de Doble Nacionalidad.⁸⁶ Según las Demandantes, éste constituiría el primer acto de “*renuncia*” a la nacionalidad chilena.⁸⁷ El 19 de diciembre de 1996, el Ayuntamiento de Madrid confirmó la residencia del Sr. Pey Casado en España.⁸⁸
107. El 7 de enero de 1997, el Sr. Pey Casado habría solicitado al Consulado de España en Santiago que “ajustar[a] el registro a la realidad”, “[e]n el supuesto caso de que en el pertinente registro de ese Consulado no hubier[a] constancia” de que “no est[aba] acogido a los beneficios y goces del Convenio de 24 de mayo de 1958 entre España y Chile” y que tenía su “domicilio en Madrid desde comienzos de 1974”.⁸⁹ El 5 de febrero de 1997, el Consulado español en Santiago tachó el nombre del Sr. Pey Casado del registro de los nacionales españoles con residencia en Chile. El 28 de mayo de 1997, el Sr. Pey Casado recibió en Madrid un pasaporte español.
108. El 16 de septiembre de 1997, el Sr. Pey Casado procedió a presentar en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración jurada por medio de la que renunciaba expresa y solemnemente a la nacionalidad chilena “*en caso de que la Administración chilena requiriera una renuncia formal*”.⁹⁰
109. El 2 de octubre de 1997, el Sr. Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje del CIADI, excluyendo, sin embargo, lo concerniente a la rotativa GOSS (cuestión que había sido sometida a las autoridades judiciales chilenas en octubre de 1995). El 6 de octubre de

⁸⁵ Anexo C-20.

⁸⁶ Anexo C-21; véase la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 56-57.

⁸⁷ Véase la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 56-57.

⁸⁸ Anexo 8 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁸⁹ Anexo C-22.

⁹⁰ Anexo C-40.

1997, la Fundación Presidente Allende expresó su consentimiento al arbitraje, excluyendo también lo concerniente a la rotativa GOSS.

110. El 6 de noviembre de 1997, el Sr. Pey Casado presentó ante el Registro Civil Central una solicitud con el propósito de que se hiciera constar que él había establecido su residencia en Madrid en junio de 1974, solicitud que fue transcrita en el Registro Civil Central N.º 1 de Madrid el 20 de noviembre de 1997 por su secretario.⁹¹
111. Como se ha visto, el 7 de noviembre de 1997 el Sr. Pey Casado presentó su solicitud de arbitraje contra la República de Chile y, el 18 de marzo de 1998, Chile manifestó su oposición al registro de dicha solicitud, no obstante lo cual el Secretario General del CIADI la registró el 20 de abril de 1998.
112. El 24 de abril de 1998, el Dr. Garcés, representante del Sr. Pey Casado,⁹² se presentó ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de España con el objeto de que se verificase si “*se [había] comunicado a la Parte chilena la renuncia formal de D. Víctor Pey Casado a los beneficios de dicho Convenio*” debidamente, a fin de confirmar a las autoridades chilenas que “*desde el 4 de junio de 1974 tiene exclusivamente la nacionalidad española*”. La carta relativa a esta solicitud fue remitida el 10 de julio de 1998 a las autoridades chilenas a través del Consulado de España en Santiago, y comunicada el 24 de julio de 1998 por la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile al Registro del Estado Civil chileno, en el cual un funcionario dejó constancia, el 4 de agosto de 1998, de la renuncia del Sr. Pey Casado a su nacionalidad chilena y de su condición de extranjero. Además, hizo inscribir en su ficha descriptiva que el Sr. Pey Casado era “*extranjero*”.⁹³
113. Este es el contexto fáctico a partir del cual se examinarán sucesivamente la competencia del Centro y del Tribunal para conocer de la solicitud del Sr. Pey Casado (IV) y la competencia del Centro y del Tribunal para conocer de la solicitud de la Fundación Allende (V), antes de pasar a abordar los temas de admisibilidad y de fondo del asunto.

⁹¹ Anexo C-10.

⁹² Anexo C-24.

⁹³ Véase el Decreto N.º 597 de 14 de junio de 1984 —Reglamento de Extranjería—, que de acuerdo con la parte demandada, confiere al Ministerio del Interior plenos poderes para determinar la nacionalidad extranjera en caso de duda; Anexo 17 a la opinión del Profesor Humberto Nogueira sobre la nacionalidad en el derecho chileno, presentada con el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

IV. COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA SOLICITUD DEL SR. PEY CASADO

114. El primer punto que debe examinarse, habida cuenta de las posiciones de las respectivas partes y, en particular, de la excepción de incompetencia planteada por la Demandada, es la de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en cuanto a la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.

115. El artículo 25 del Convenio CIADI establece los requisitos de competencia del Centro en los siguientes términos:

“1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

116. Para que el Centro y el Tribunal sean competentes para conocer de la demanda del Sr. Pey Casado, la parte demandante debe justificar la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que enfrente a un Estado Contratante y a un nacional de otro Estado Contratante. Además, dicha diferencia debe surgir directamente de una inversión y las partes tienen que haber consentido por escrito someterla al Centro.

117. El requisito referente a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica y el relativo a la calidad de Estado Contratante de la Demandada no son objeto de controversia alguna por parte de la Demandada. Por el contrario, las partes se hallan en profundo desacuerdo sobre el requisito de inversión, sobre el requisito relativo a la nacionalidad del inversionista y sobre el hecho de que el Sr. Pey Casado pueda ser considerado únicamente como nacional de otro Estado Contratante, asimismo sobre el requisito del consentimiento del Estado Contratante, que, en opinión de la demandante, ha sido otorgado en virtud del APPI entre Chile y España.
118. Las partes debatieron ampliamente los requisitos de inversión y de nacionalidad, si bien no especificaron siempre de manera muy clara si las consideraciones relativas a estos temas versaban sobre los requisitos de inversión o de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI o los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al APPI entre Chile y España. El requisito relativo a la existencia de una inversión y el requisito relativo a la nacionalidad de la parte demandante no se aprecian necesariamente de la misma manera a efectos de determinar si se cumplen respecto del Convenio CIADI, y si se cumplen respecto del APPI. Este Tribunal tendrá, por lo tanto, especial cuidado en distinguir ambos aspectos. De no satisfacerse los requisitos para la aplicación del APPI entre Chile y España, especialmente los requisitos de inversión y el de nacionalidad de acuerdo a este texto, se consideraría el consentimiento del Estado al arbitraje como ausente a efectos de la aplicación del Convenio CIADI, ya que dicho consentimiento se halla exclusivamente en el APPI. Por este motivo, los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI serán examinadas como tales y los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al APPI se examinarán con ocasión de las consideraciones relativas a la verificación de la existencia del consentimiento al arbitraje por parte del Estado demandado.
119. Antes de proceder al examen de dichos requisitos, el Tribunal cree oportuno precisar que no está vinculado por las decisiones y laudos CIADI dictados con anterioridad. No obstante, el presente Tribunal considera que se debe tomar en consideración las decisiones de los tribunales internacionales e inspirarse, en ausencia de una razón imperiosa en sentido contrario, en las soluciones resultantes de una jurisprudencia arbitral establecida. Teniendo siempre en cuenta las particularidades del tratado aplicable y de los hechos del

caso concreto, el Tribunal considera, asimismo, que debe esforzarse en contribuir a un desarrollo armonioso del derecho relativo a las inversiones y, por ende, a satisfacer la expectativa legítima de la comunidad de Estados e inversionistas de previsibilidad del derecho en esta materia.⁹⁴

120. Por otro lado, resulta oportuno recordar que el Tribunal de arbitraje no está obligado a discutir y dirimir todas y cada una de las numerosas cuestiones de hecho o de derecho que las partes han planteado y analizado en el curso del proceso excepcionalmente largo resumido anteriormente, sino que, en lo que atañe a la competencia, basta la ausencia de una de los requisitos requeridos para que el Tribunal de arbitraje se declare incompetente y se abstenga por tanto de pronunciarse sobre cualquier otra cuestión relativa al fondo del litigio.

A. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI

121. El Tribunal recapitulará las posiciones de las partes en relación con el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI antes de exponer las conclusiones a las que ha llegado sobre esta cuestión.

1. Posición de las partes

a) Posición de la parte demandada

122. Después de reconocer que el concepto de inversión no está definido en el Convenio CIADI, la Demandada se esforzó esencialmente en demostrar que no existía ninguna inversión por parte del Sr. Pey Casado y que el requisito de inversión previsto en el artículo 25 del Convenio no había sido por ende satisfecho.
123. La Demandada intentó demostrar, a través de extensas consideraciones, que el Sr. Pey Casado nunca fue propietario de los títulos de la sociedad CPP S.A., sociedad que a su vez, poseía el 99%⁹⁵ del capital de la sociedad EPC Ltda.⁹⁶ Niega tanto la veracidad de los

⁹⁴ En este sentido, véase *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, caso CIADI N.º ARB/05/07, laudo sobre competencia y recomendación sobre medidas provisionales de 21 de marzo de 2007, párrafo 67.

⁹⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 56, el acta redactada ante el Sr. Patricio Zaldívar, notario público, el 2 de febrero de 1972 (Anexo 9 al Informe Sandoval) y el acta auténtica redactada ante el Sr. Alfredo Astaburuaga Gálvez el 27 de noviembre de 1972 (Anexo 10 al Informe Sandoval).

hechos expuestos por la parte demandante como la legalidad de la adquisición de las acciones de CPP S.A. por el Sr. Pey Casado, en caso de que la venta de los títulos hubiera tenido lugar.

124. Insiste en lo que considera inconsistencias en la manera como describen las Demandantes los hechos presentados en la cronología, por ellas aportada, sobre la adquisición de los títulos de CPP S.A. por el Sr. Pey Casado y avanza una versión de los hechos relativos al traspaso de acciones de CPP S.A. en 1972 sustancialmente diferente a la de las Demandantes.
125. A principios del año 1972, el Sr. Sainte-Marie habría sido poseedor del 93% del capital de la sociedad CPP S.A., es decir, 37.200 acciones, y no del 100% de los títulos, como afirman las Demandantes. El 14 de julio de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido 20.000 títulos al Sr. Emilio González González, por lo que solamente detentaría 17.200 títulos, es decir, el 43% del capital de la sociedad CPP S.A. Por lo tanto, es imposible, según la demandada, que, el 6 de abril de 1972, el Sr. Pey Casado hubiera recibido de manos del Sr. Darío Sainte-Marie 25.200 acciones, como alegan por primera vez las Demandantes en su exposición complementaria sobre la competencia de 11 de septiembre de 2002 (p. 19). La Demandada añade que las Demandantes afirmaban en sus memorias anteriores haber adquirido las 40.000 acciones sin ofrecer más precisiones al respecto y que continúan sin aportar pruebas en apoyo de sus pretensiones.
126. Con fecha 14 de agosto de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría adquirido las acciones de propiedad de los Sres. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser Labbé y la Sra. Juana Labbé Venegas, que representaban el 7% del capital de CPP S.A., encontrándose así en posesión de 20.000 títulos. La otra mitad del capital estaría en manos del Sr. González.⁹⁷ Por consiguiente, las Demandantes no podían poseer estos títulos en el mes de abril de 1972, contrariamente a lo afirmado por ellas.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, pp. 20 a 93 de la transcripción de la audiencia del 6 de mayo de 2003; véase también el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 283 a 366.

⁹⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 63, y el Anexo 16 al informe Sandoval. A la vista del Informe de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de 2 de abril de 1974 (Anexo 16 al informe Sandoval), la parte demandada añade que es imposible que “*el Sr. Pey haya dado curso a solicitudes de traspasos firmadas por ‘los señores [Osvaldo y Pablo] Sainte-Marie, Kaiser y Labbé’ a favor de Sr. González , y que, a la vez, el 14 de agosto del mismo año –exactamente un mes después- los mismos ‘señores Sainte-Marie, Kaiser y Labbé’ hayan cursado solicitudes de traspaso respecto a las mismas*”

127. El 6 de septiembre de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido 5.200 acciones de la sociedad al Sr. Jorge Venegas, por lo que sólo conservaría a ese punto 14.800 acciones. El 18 de octubre de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido, por una parte, 1.200 títulos adicionales al Sr. Jorge Venegas y, por otra parte, otros 1.600 títulos de CPP S.A. al Sr. Ramón Carrasco. De acuerdo con la Demandada, éstas habrían sido las últimas cesiones de títulos de CPP S.A. en vista de los documentos aportados. Así pues, en el mes de octubre de 1972, los accionistas de la sociedad CPP S.A. habrían sido los Sres. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas y Ramón Carrasco.
128. Por otro lado, la Demandada considera que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra, que las Demandantes presentan como los contratos de venta de los títulos de CPP S.A., no hacen referencia en ningún momento a la venta de los títulos en cuestión.
129. Según ella, los Protocolos de Estoril no pueden considerarse un “*contrato de compraventa*”, ya que, en lugar de aparecer designados de esta manera, presentan el título “*obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes*”. La Demandada considera que “*el documento de Estoril en ningún momento identifica al Sr. Pey como ‘comprador’ de las acciones referidas en la cláusula E*” y que “*sugiere la intervención del Sr. Pey como agente fiduciario del Sr. Darío Sainte-Marie y terceras personas en las transacciones subyacentes a los documentos de Estoril y Ginebra.*” A tal fin cita las cláusulas A, E y F del Protocolo de Estoril y subraya que la cláusula E indica que el 50% de las acciones de CPP S.A. serán entregadas al Sr. Pey Casado, sin especificar a qué título ni en que calidad el Sr. Pey Casado recibe los títulos. También llama la atención del Tribunal sobre el hecho de que las cláusulas A y F se refieren a la entrega de una letra de cambio al Sr. Pey Casado, lo que confirmaría su papel de intermediario.⁹⁸

acciones a favor del Sr. Darío Sainte-Marie” (véase Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 305 y 306).

⁹⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 294-295. La Demandada insiste en el hecho de que los Sres. González, Venegas y Carrasco indicaron en sus respectivas declaraciones ante el 8º Juzgado del Crimen que el Sr. Pey Casado había actuado como representante del Sr. Sainte-Marie (Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 310 y 311). La Demandada se basa igualmente en la declaración del Sr. Osvaldo Sainte-Marie ante la misma jurisdicción (Anexo 145 al Memorial), que, según ella, corroboraría las declaraciones de los Sres. González, Venegas y Carrasco.

La parte demandada considera, además, que el papel de intermediario del Sr. Pey Casado queda confirmado por la existencia de un mandato otorgado por el Sr. Sainte-Marie a favor del Sr. Pey el 6 de abril de 1972 a los fines de la venta del 50% del capital de EPC Ltda. en posesión del Sr. Sainte-Marie (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 304 y el Anexo 146 al Memorial).

130. Por otro lado, la parte demandada insiste en la falta de claridad de los Protocolos de Estoril y subraya que, en el caso de que el Sr. Sainte-Marie hubiese entregado acciones al Sr. Pey Casado, supuestamente en calidad de depositario, no se trataría de las 25.200 acciones referidas por las Demandantes, dado que el documento se refiere al 50% de las acciones de CPP S.A. El documento no contiene referencia alguna a las 40.000 acciones de CPP S.A. ni tampoco a su venta, y menciona un depósito de US\$250.000 así como otro anterior de US\$500.000 de los que no se facilitan más detalles.
131. El Documento de Ginebra no constituiría un contrato, sino una declaración unilateral que, además, el Sr. Sainte-Marie no firmó; este documento no podría considerarse una cesión o venta, sino que correspondería en realidad a “*un depósito de garantía*” de 12.000 acciones de la sociedad CPP S.A. que el Sr. Pey Casado habría recibido del Sr. Sainte-Marie. Aquél las conservaría sin cederlas ni traspasarlas a nadie, salvo en el caso de que se cumplieran las condiciones estipuladas en el documento. Puesto que nada indica que se cumplieran dichas condiciones, los 12.000 títulos habrían seguido perteneciendo al Sr. Sainte Marie. El documento sólo tendría sentido si el Sr. Pey Casado hubiera actuado en calidad de intermediario o mandatario.
132. En la audiencia de 6 de mayo de 2003, la parte demandada concluyó que el derecho aplicable a estos documentos revestía poca importancia. Sea como fuere, el derecho aplicable no podría permitir que se considerara la existencia en el caso de autos de un contrato de venta entre el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie.

También se refiere a un segundo mandato otorgado por el Sr. Sainte-Marie a favor del Sr. Pey el 29 de septiembre de 1972 a los fines de la venta, en nombre del Sr. Sainte-Marie, del 4,5% del capital de EPC Ltda. que seguía en su poder (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 314 y el Anexo 140 al Memorial). De acuerdo con la Demandada, dichos mandatos en ningún caso pueden interpretarse como cesiones de títulos al Sr. Pey Casado (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 317).

La parte demandada añade que el Sr. Sainte-Marie poseía el 4,5% del capital de EPC Ltda. desde febrero de 1972, y que el resto se encontraba en poder de CPP S.A. (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 57 y el Anexo 9 al informe Sandoval). El 27 de noviembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie habría cedido el 3,5% de sus títulos a CPP S.A. y el 1% al Sr. Carrasco (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 57 y 58 y el Anexo 10 al informe Sandoval). La Demandada califica de incoherente la versión de los hechos expuesta por las Demandantes, según la cual el Sr. Pey habría podido traspasar el 50% de los derechos sociales en poder del Sr. Sainte-Marie a CPP S.A. en abril de 1972 y, posteriormente, el 27 de noviembre de 1972, traspasar de nuevo el 4,5% de los títulos del Sr. Sainte-Marie a CPP S.A., a excepción de un porcentaje cedido al Sr. Carrasco (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 314). De acuerdo con la Demandada, la única tarea del Sr. Pey Casado habría sido actuar en nombre del Sr. Sainte-Marie y proceder a la venta de sus títulos en EPC Ltda. a CPP S.A., por una parte, y al Sr. Carrasco, por otra, (véase el Anexo 10 al informe Sandoval).

133. Incluso si los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra debieran ser considerados como un contrato de venta de las acciones de la sociedad CPP S.A., ninguno de los documentos aportados describe al Sr. Pey Casado como comprador de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. Los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra hacen referencia únicamente a 32.000 acciones en total. Aún suponiendo que el Sr. Pey Casado hubiese recibido 25.200 acciones en abril de 1972, el número total alcanzado sería 37.200 y no 40.000. Para el Estado demandado, las Demandantes no han probado en ningún momento la entrega de 14.800 acciones en octubre en Ginebra, y dicha cifra no figura en ninguna parte del Documento de Ginebra redactado por el Sr. Pey Casado. En cualquier caso, el Sr. Sainte-Marie no pudo haber vendido las 40.000 acciones al Sr. Pey Casado. El Sr. Sainte-Marie nunca habría sido propietario de la totalidad de los títulos, ya que la legislación de la época lo prohibía.⁹⁹
134. La Demandada niega igualmente que las Demandantes puedan justificar la propiedad de las acciones basándose en los títulos y los traspasos firmados en blanco que presentaron al Tribunal. Aparte de las incoherencias cronológicas, la Demandada subraya que, de los títulos que el Sr. Pey Casado pretende haber recibido del Sr. Sainte-Marie en el mes de abril de 1972, ninguno estaba registrado a nombre de Osvaldo y Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser y Juana Labbé, contrariamente a lo pretendido por las Demandantes;¹⁰⁰ los títulos en controversia aparecen en realidad inscritos a nombre de los accionistas que figuran en los documentos de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, a saber, los Sres. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas y Ramón Carrasco.¹⁰¹
135. Asimismo, los traspasos firmados en blanco no podrían ser los verdaderos traspasos que se utilizaron en la época, ya que un formulario de traspaso debería haber sido firmado por el

⁹⁹ La Demandada sostiene que el derecho chileno exigía por aquel entonces la presencia de al menos dos accionistas en el capital de una sociedad anónima, bajo pena de disolución de la sociedad (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 69). El plazo de 30 días referido por las Demandantes no cuestionaría el carácter automático e inmediato de la disolución; simplemente tendría por objeto permitir que el Directorio de la sociedad adoptara las medidas administrativas necesarias (véase la transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp. 68 a 72(Sr. Di Rosa)).

¹⁰⁰ La parte demandada se refiere a la exposición complementaria de las partes demandantes sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 19.

¹⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 78. Para la Demandada, el hecho de no presentar el Registro de Accionistas carece de pertinencia, dado que los propios archivos de la Superintendencia de las Sociedades Anónimas tendrían el mismo valor probatorio que el Registro de Accionistas de la sociedad (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 54-56).

cedente y por el cesionario. Una vez entregado al “*Directorio*” para su aprobación e inscrito en el Registro de Accionistas, “*habría quedado agotada [su] existencia*”, pues ya no tendría utilidad. En el presente caso, los formularios de traspaso presentados por las partes demandantes sólo se encuentran firmados por el cedente, y no por el supuesto cesionario, cuyo nombre tampoco aparece. Estas exigencias no podrían haber pasado desapercibidas al Sr. Pey Casado, quien, como Presidente del Consejo de Administración de CPP S.A., se había ocupado de los procedimientos de aprobación de las cesiones de acciones a los Sres. González, Venegas y Carrasco, y habría tenido tiempo suficiente para proceder a los trámites necesarios en su favor, si así lo hubiera deseado.

136. La Demandada insiste también en el carácter, en su opinión “*misterioso*”, de las transferencias de fondos realizadas por el Sr. Pey Casado para, supuestamente, efectuar la compra de los títulos de CPP S.A. por la suma total de US\$1,28 millones. En lo que se refiere al primer giro de US\$500.000, el Sr. Pey Casado, que no habría presentado ningún contrato de venta, tampoco habría demostrado que es el titular de las cuentas abiertas en los bancos *Zivnostenska Banka, N.C.* y *Manufacturers Trust Co.* por las que transitaron los fondos. Del mismo modo, el origen de los fondos seguiría siendo desconocido. Nada permitiría tampoco establecer un vínculo entre este giro y los Protocolos de Estoril que designan al Sr. Pey Casado como el depositario de un cierto número de acciones. En lo referente al monto restante de US\$780.000, a la Demandada le sorprende que se transfiriera en primer lugar desde una cuenta domiciliada en el *Banco Nacional* de Cuba, de la que el Sr. Pey Casado no demuestra ser el titular, a una cuenta abierta el día anterior por el Sr. Pey Casado en el *Bank für Handel und Effekten* y, siete días después, a una cuenta del Sr. Sainte-Marie en Madrid. La Demandada hace constar que las Demandantes se abstienen de revelar el origen de los fondos transferidos desde el *Banco Nacional* de Cuba; la cuenta abierta en el *Bank für Handel und Effekten* habría servido únicamente como cuenta de tránsito, lo que sugeriría que el Sr. Pey Casado actuó como intermediario.
137. Añade que, entre los elementos de este monto de US\$780.000, la orden de pago de US\$10.000 que el Sr. Pey Casado pretende haber efectuado a favor del Sr. Sainte Marie no hace referencia a ningún destinatario y no constituiría, por lo tanto, una prueba de pago. Tampoco existiría prueba de la existencia de una letra de cambio por US\$20.000 en la documentación aportada por las Demandantes.

138. La Demandada sostiene que la versión de los hechos esgrimida por las Demandantes estaría igualmente en contradicción con las declaraciones efectuadas en 1975 por los Sres. González, Venegas y Carrasco, que indican haber conservado sus títulos hasta el momento en que otorgaron un poder especial al Sr. Pey Casado para que procediera a la reventa sus acciones en el transcurso del año 1973. Estas declaraciones se realizaron con motivo del procedimiento interpuesto ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago el 3 de septiembre de 1975 en contra de las siguientes personas: Darío Sainte-Marie Soruco, Osvaldo Sainte-Marie Soruco, Ramón Carrasco Peña, Víctor Pey Casado, José Emilio González González y Jorge Venegas Venegas, así como de los contadores de CPP S.A. y EPC Ltda., Alfonso Bruce Bañados y Juan Biggs Gómez. La investigación iniciada buscaba determinar si las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., así como las personas convocadas, podían ser consideradas culpables de ciertos delitos tributarios y si los compradores de esas sociedades actuaban como “*testaferros*” del Presidente Allende, quien se especulaba habría sido el verdadero dueño.¹⁰²
139. La parte demandada señala que “[e]n el contexto de la investigación del caso tributario, los Sres. Venegas, González y Carrasco prestaron declaraciones, en 1974 y 1975, en las cuales manifestaron que ellos eran propietarios de acciones de CPP S.A.; que las habían comprado a sugerencia del ex Presidente Allende pero en su propio nombre y con su propio dinero; que algunos meses después de la compra y por varios motivos (entre ellos, graves problemas a nivel laboral en el CPP S.A.), habían decidido vender las acciones y con ese propósito habían entregado formularios de traspaso firmados en blanco al Sr. Pey para que vendiera las acciones en representación de ellos; que ello no ocurrió ya que no se les pagó valor alguno por tales acciones, y que, en definitiva, los traspasos no se cursaron, quedando por tanto ellos en calidad de propietarios de las acciones, y no terceros o el Sr. Pey. También declaró el Sr. Osvaldo Sainte Marie, haciendo referencia a las compras de acciones por parte de los Sres. Venegas, González y Carrasco”.¹⁰³ El hecho de que los Sres. Venegas, González y Carrasco quedaran, según ella, “totalmente exonerados” al término del procedimiento, en una época en la que a los tribunales les convenía complacer

¹⁰² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 104, y la querrela en el Anexo 85 al Memorial.

¹⁰³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 106, y las declaraciones de los interesados en el Anexo 87 al Memorial.

al poder establecido, sería una confirmación de que “esos Sres. habían sido los propietarios legítimos de las acciones de CPP S.A., y que no habían actuado como testaferros del Presidente Allende ni de nadie”.¹⁰⁴

140. Ello explicaría por qué el Sr. Pey Casado se encontró en posesión de los títulos y de los formularios de traspaso en blanco, pero también por qué en ningún momento los Sres. González, Venegas y Carrasco habrían manifestado que el Sr. Pey Casado fuera el verdadero propietario de los títulos de CPP S.A. Por otro lado, el nombre del Sr. Pey Casado no figura en ningún documento de la sociedad que pudiera suponer su calidad de propietario de las acciones de CPP S.A.
141. Con el fin de establecer que el Sr. Pey Casado nunca fue propietario de las acciones de CPP S.A., la parte demandada se basa, asimismo, en los “descargos” formulados en diciembre de 1974 por los Sres. Jorge Venegas y Emilio González con el objeto de que no se les aplicaran las disposiciones del *Decreto Exento* N.º 276 de 21 de octubre de 1974. Dicho decreto declaraba “*en estudio*” el patrimonio de los interesados, lo que implicaba la confiscación temporal de sus bienes en tanto no se presentase una solicitud de “descargo” para obtener su restitución. Los escritos de descargo de los Sres. Jorge Venegas y Emilio González probarían que eran propietarios de 6.400 y 20.000 títulos de CPP S.A. respectivamente y que se trataba de los únicos bienes de su patrimonio respecto de los cuales no solicitaron se dejara la confiscación sin efecto.¹⁰⁵
142. La parte demandada presenta la declaración del Sr. Jorge Venegas de 20 de noviembre de 2002, en la cual el Sr. Venegas afirma haber adquirido sus acciones de Sr. Sainte-Marie, por medio de su intermediario el Sr. Pey Casado, y que este último habría actuado también en calidad de intermediario en la venta de las 20.000 acciones al Sr. Emilio González. Esta versión de los hechos habría sido confirmada por la declaración del Sr. Ovalle, abogado al

¹⁰⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 108 y las resoluciones del 8º Juzgado del Crimen de Santiago en los Anexos 88 a 90 de la Contestación.

¹⁰⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 97 a 99, pp. 322 a 325 y los Anexos 81 y 82 al Memorial. La parte demandada sostiene que los Sres. Jorge Venegas y Emilio González tenían la intención de ceder sus títulos a una fundación. El argumento según el cual las declaraciones de los Sres. Venegas y González, de fecha 23 de diciembre de 1974, habrían sido objeto de una falsificación con el pretexto de que el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975 no hace referencia a ellas, contrariamente al Decreto N.º 580 de 24 de abril de 1975, no estaría fundado. La explicación reside en el hecho de que los Sres. Venegas y González habrían presentado sus descargos con posterioridad al plazo legal, “*en forma extemporánea*” (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 48 a 54 y, en particular, p. 53).

que consultaron los Sres. Venegas y González cuando éstos temían por su vida debido a su calidad de accionistas de CPP S.A. El Sr. Ovalle afirma haberles sugerido que propusieran a las autoridades de la época la cesión de sus títulos a una fundación de carácter científico. Posteriormente, la entrada en vigor del *Decreto Exento* N.º 276 habría llevado a los Sres. Venegas y González a presentar sus escritos de descargo, esto es reconocido por el Decreto Supremo N.º 580 al dejar sin efecto el *Decreto Exento* N.º 276 en lo que a ellos se refería.¹⁰⁶

143. Las declaraciones de las autoridades chilenas en 1975 que invocan las Demandantes para afirmar que el Estado demandado reconoció la calidad de comprador y de propietario del Sr. Pey Casado carecerían de pertinencia. De acuerdo con la Demandada, estas declaraciones “*fueron resultado de conclusiones motivadas en factores políticos e ideológicos más que en consideraciones de hecho y de derecho*”. Las jurisdicciones chilenas, únicas en poder pronunciarse acerca de la propiedad de las acciones en controversia, habrían desestimado las tesis de las autoridades chilenas tal y como fueron expuestas en el Memorando de 3 de febrero de 1975. El juicio ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago habría permitido incluso establecer la validez de los contratos de compra de las acciones por parte de los Sres. Carrasco, González y Venegas y reconocer a esas mismas personas la propiedad de las acciones de CPP S.A.
144. El hecho de que en el testamento del Sr. Sainte-Marie de 28 de marzo de 1979 y en el inventario de sus bienes realizado por sus herederos en el mes diciembre de 1983 no se hiciera mención alguna de las acciones de las sociedades CPP S.A. tampoco podría constituir prueba de la compra de las acciones en cuestión por parte del Sr. Pey Casado. Otro tanto ocurriría con el testamento del Sr. González, en el que no figura ninguna referencia a las acciones de CPP S.A. En cuanto al Sr. Carrasco, la Demandada manifiesta que habría fallecido intestado y, que aún en el caso de que hubiese redactado un testamento sin mención relativa a las acciones en controversia, éste no hubiera sido de ninguna ayuda para las partes demandantes, ya que esta supuesta omisión no puede constituir prueba de propiedad por parte del Sr. Pey Casado.

¹⁰⁶ La parte demandada explica que el Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 declara sin efecto el *Decreto Exento* N.º 276 del Ministerio del Interior respecto de los Sres. Jorge Venegas y Emilio González, que pudieron, según la Demandada, disponer libremente de sus bienes a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto Supremo N.º 580 (véase Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 94).

145. La Demandada alega también que la devolución de los títulos y formularios de traspaso en blanco por parte del 8° Juzgado al Sr. Pey Casado no prueba en absoluto la calidad de propietario de este último. En apoyo de este argumento, indica en primer lugar que la cuestión de la propiedad de las acciones de CPP S.A. no se abordó en 1975 durante el procedimiento iniciado por los servicios tributarios chilenos. La petición interpuesta por el Sr. Pey Casado persigue únicamente obtener la devolución de los documentos y no una decisión que se pronuncie sobre la propiedad de las acciones. El 8° Juzgado del Crimen sólo notificó la existencia de la solicitud del Sr. Pey Casado al Servicio de Impuestos Internos, que no reaccionó ante dicha notificación. El Juzgado del Crimen no notificó la solicitud a ninguna otra persona o institución, incluidos los Sres. Venegas, González y Carrasco, los “*verdaderos interesados*”. Por otro lado, no podía esperarse que dichas personas, que la Demandada considera como los verdaderos propietarios, se informaran por sí mismas del resultado de este procedimiento. El Juzgado tampoco demostró el dominio de las acciones, aunque sí ordenó su devolución. De acuerdo con la Demandada, no puede interpretarse que la resolución del Juzgado determine la propiedad de las acciones ni que el Estado demandado reconozca este punto.
146. La Demandada sostiene también que “aún en el hipotético caso en el que los Sres. Darío Sainte-Marie y Pey hubieran efectivamente convenido, una compraventa de acciones de la sociedad CPP S.A., dicho acuerdo habría sido insuficiente por sí sólo para operar la transferencia del dominio sobre las acciones respectivas a favor del Sr. Pey”. El contrato de compraventa de las acciones debería distinguirse de la “transferencia y adquisición de la propiedad o derecho de propiedad sobre las acciones”, que exige el cumplimiento de un determinado número de condiciones, como la inscripción en el Registro de Accionistas de la sociedad. En el presente caso, las Demandantes no habrían cumplido con las formalidades impuestas por el derecho chileno y cuya inobservancia acarrea la nulidad.
147. De acuerdo con la Demandada, las Demandantes pretenden, equivocadamente, que “la ley aplicable al modo de adquirir el dominio sobre acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile sería el Código Civil de Portugal (lugar donde habría sido convenido el contrato de compraventa); el derecho del cantón de Ginebra ('lugar en el que el contrato ha sido completado y ejecutado' y donde habría sido pagado parte del precio convenido), y/o el Código de Comercio español ('ley del lugar de residencia del vendedor')” en

aplicación del principio *locus regit actum*. Según la Demandada, la aplicación de dicha regla englobaría, en efecto, la formación, los efectos y la interpretación del contrato, pero no eximiría de respetar las formalidades de cesión de acciones contempladas en el derecho chileno.

148. La Demandada alega que dichas formalidades son las que preveía en 1972 el Código de Comercio, las cuales prevalecerían sobre las previstas del Código Civil de Chile invocadas por las Demandantes, que por tanto no serían aplicables a la cesión de acciones nominativas de sociedades anónimas.
149. La Demandada sostiene también que el derecho chileno en el año 1972 no permitiría la emisión de acciones al portador. La normativa vigente a partir de 1970 y, en particular, el artículo 451 del Código de Comercio y el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, únicamente autorizarían las acciones nominativas y exigen efectuar su transferencia mediante inscripción en el Registro de Accionistas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia confirmarían el hecho de que la validez de la cesión de acciones nominativas depende de su inscripción en el Registro de Accionistas, inscripción que no puede considerarse como una simple medida de publicidad.
150. La Demandada llega a la conclusión de que, en 1972, era imposible proceder a la adquisición de acciones nominativas mediante formularios de traspaso firmados en blanco. Los documentos presentados por las Demandantes no cumplirían con ninguna de las formalidades requeridas por la normativa en vigor, y en particular por el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, que exige, entre otras cosas, la firma del cedente y del cesionario en presencia de dos testigos. Los *“traspasos en blanco”* no constituirían en sí mismos títulos de propiedad ni harían parte de las modalidades de cesión previstas en la legislación chilena de la época, que no contemplaba ninguna excepción a las condiciones de validez de la transferencia de acciones nominativas. Tampoco se trataría de una costumbre, la cual, en cualquier caso, sólo tendría aplicación en caso de silencio de la ley y, además, no habría quedado demostrada por las Demandantes.
151. La Demandada insiste finalmente en que no se presentó al Consejo de Administración, como exige el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, norma, por demás, recogida en los estatutos de CPP S.A. desde el 30 de marzo de 1972, ninguna solicitud de transferencia de acciones en nombre y a favor del Sr. Pey Casado. Tampoco existiría en el

Registro de Accionistas inscripción alguna a nombre del Sr. Pey Casado, como queda reflejado en la nómina de accionistas presente en los informes de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. El argumento según el cual el Sr. Pey Casado no habría tenido ocasión de efectuar las formalidades necesarias en razón de los acontecimientos de septiembre de 1973 carece de credibilidad, ya que, de acuerdo con la Demandada, el Sr. Pey Casado había dispuesto del tiempo necesario para realizarlas con anterioridad. Por último, si realmente se hubiera realizado una transferencia de acciones en favor del Sr. Pey Casado, la sociedad habría emitido nuevos títulos a nombre del interesado, cosa que nunca se produjo.

b) Posición de las partes demandantes

152. De acuerdo con las Demandantes, el Sr. Pey Casado habría procedido a la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. en el mes de octubre de 1972, convirtiéndose en titular de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI. En sus notas respecto de los alegatos relativos a las audiencias del 29 y el 30 de octubre de 2001, la parte demandante sostuvo que la inversión en cuestión satisfacía la condición prevista en el Convenio CIADI, en la medida en que el Convenio no define el concepto de inversión y no exige la transferencia física de fondos al territorio del Estado Contratante.¹⁰⁷
153. Al igual que la Demandada, las Demandantes dedicaron la mayor parte de su argumentación sobre el requisito de inversión conforme al Convenio CIADI a demostrar que el Sr. Pey Casado era el auténtico comprador y propietario de las acciones de CPP S.A.
154. Así, las Demandantes trazan en sus escritos la que ellos consideran la cronología de la adquisición de las acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. En este sentido afirman que, el 29 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado habría pagado al Sr. Darío Sainte-Marie, en aquel entonces propietario de la totalidad del capital de CPP S.A., la suma de US\$500.000 mediante giro del banco Manufacturers Trust Co. de Londres a la cuenta bancaria del Sr. Darío Sainte-Marie en Madrid. El contrato firmado en Estoril el 13 de mayo de 1972 (Protocolos de Estoril) aportaría igualmente la prueba de dicho pago, al hacer referencia a un depósito anterior de US\$500.000.

¹⁰⁷ Véanse el informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 63 y 64. Las partes demandantes invocan la sentencia dictada en el caso *Fedax* para apoyar su argumento.

155. En contrapartida a este primer pago, el Sr. Pey Casado habría sido nombrado Presidente del Consejo de Administración de la sociedad CPP S.A. y habría asumido “*el control efectivo de la empresas [CPP S.A. y EPC Ltda.]*”. También parte de esta contrapartida, el Sr. Sainte-Marie habría, por una parte, puesto el 50% de sus participaciones en la sociedad EPC Ltda. a la libre disposición del Sr. Pey Casado y, por otra parte, entregado físicamente al Sr. Pey Casado 25.200 acciones de la sociedad CPP S.A. con sus “*traspasos firmados en blanco*”.¹⁰⁸ El propio Sr. Pey Casado explicó ante el Tribunal que había previsto asociarse con personas próximas al mundo de la política y el periodismo para así poder dedicarse también a sus otras actividades. Para ello, el Sr. Pey Casado habría propuesto al Sr. González un paquete de 20.000 acciones de la sociedad CPP S.A., conservando los títulos y los formularios de traspaso en blanco hasta que la situación política y económica permitiera determinar el precio de las acciones. El Sr. Pey Casado habría procedido de idéntica forma con los Sres. Venegas y Carrasco, realizando así una “*transacción de uso común*”. Por otro lado, precisó que los Sres. Venegas y González en ningún momento tuvieron posesión de los títulos y los formularios de traspaso, contrariamente a lo que ha podido afirmar la parte demandada.
156. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte Marie habrían convenido en la venta de la totalidad de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. por un precio de US\$1,28 millones. El Artículo A de los Protocolos de Estoril, presentados por las partes demandantes como el contrato de compraventa de las acciones de CPP S.A., evidenciaría un primer pago de US\$500.000. Los Protocolos ofrecerían, además, al comprador dos opciones: el pago, en dos contados, del monto de US\$250.000 (artículo A) y de una renta vitalicia, o bien dos pagos de US\$500.000 y US\$280.000 (artículo F). Combinando los artículos A y F se obtendría el precio de US\$1.280.000 pagado efectivamente por el Sr. Pey Casado.
157. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte Marie habría firmado ante notario en Zurich un segundo poder a favor del Sr. Pey Casado confiriéndole la libre disposición de la marca

¹⁰⁸ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 19. Las partes demandantes precisan que los 25.200 títulos entregados aparecen registrados a nombre de Darío, Osvaldo y Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser y Juana Labbé, y se basan en los Anexos C-109, C-113 (Declaración de Osvaldo Sainte-Marie, hermano de Darío Sainte-Marie) y C-43 (p. 2).

Clarín y de la últimas acciones de EPC Ltda. que el Sr. Sainte-Marie poseía, es decir el 4,5% del capital.¹⁰⁹

158. Las partes demandantes afirman también que el contrato concluido en Estoril fue “completado” en Ginebra el 2 de octubre de 1972.¹¹⁰ En la misma fecha, “*eran elevadas a escritura pública las modificaciones de los Estatutos de CPP S.A. que aseguraban el control efectivo de la misma a quien al día siguiente recibiría la posesión de los traspasos de las acciones debidamente firmados*”. El 3 de octubre de 1972, el Sr. Pey Casado recibió así de manos del Sr. Sainte-Marie 14.800 acciones de CPP S.A. con los formularios de traspaso correspondientes a las mismas firmados en blanco. Dado que el Sr. Pey Casado había decidido ejercer la opción de recompra de la renta vitalicia contemplada en los Protocolos de Estoril, el Sr. Darío Sainte-Marie habría recibido la suma de US\$780.000 por los siguientes medios de pago:

- una primera transferencia por US\$500.000 de la cuenta bancaria del Sr. Pey Casado a la orden del Sr. Sainte Marie;
- una segunda transferencia por US\$250.000 de cuenta bancaria del Sr. Pey Casado a la cuenta del Sr. Sainte-Marie en el Citibank de Ginebra;
- una orden de pago por un monto de US\$10.000 de la cuenta bancaria del Sr. Pey Casado y entregada físicamente por el Sr. Pey Casado al Sr. Sainte-Marie el 3 de octubre de 1972;
- una letra de cambio por US\$20.000, entregada por el Sr. Pey Casado al Sr. Sainte-Marie en la misma fecha.

¹⁰⁹ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20 y el Anexo C-80. El Sr. Pey habría procedido a la cesión de dicho 4,5% del capital de EPC Ltda. al CPP S.A. el 27 de noviembre de 1972, con excepción de una acción vendida al Sr. Carrasco (véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20 y el Anexo C-68). La sociedad CPP S.A. se habría convertido así en titular del 99% de las acciones de la sociedad EPC Ltda. Así lo explicó el Sr. Pey Casado durante la audiencia de 5 de mayo de 2003: “*Como yo ya tenía la mayoría accionaria del Consorcio, utilicé este poder para transferir la participación que tenía el Sr. Sainte-Marie en la sociedad limitada al Consorcio del que, -repito-, yo ya era accionista mayoritario. Con objeto de evitar la extinción de la sociedad limitada, dado que según la ley chilena no puede permanecer todo el patrimonio en una sola persona, convine de común acuerdo con el Sr. Ramón Carrasco que él nominalmente apareciera con un 1 por ciento de la sociedad limitada*” (Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 105).

¹¹⁰ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 21 y el Anexo C-66 (“*documento de Ginebra*”).

159. Las Demandantes concluyen que el Sr. Pey Casado adquirió los 40.000 títulos¹¹¹ de la sociedad CPP S.A. del Sr. Sainte-Marie por la suma de US\$1,28 millones. Por lo demás, las autoridades chilenas habrían confirmado este hecho al no cuestionar la validez de la transferencia de propiedad mediante formularios de traspaso firmados en blanco que se produjo a favor del Sr. Pey Casado.
160. Las Demandantes consideran, además, que las autoridades chilenas reconocieron en repetidas ocasiones que el Sr. Pey Casado había adquirido los títulos de CPP S.A. No habría lugar a que, después de ello, cambiaran de postura y sostuvieran argumentos opuestos.
161. La combinación del Decreto N.º 165 de 1965, complementado por el decreto N.º580 de 1975 y el decreto N.º 1200, de 1977, probaría que se consideraba al Sr. Pey Casado como propietario de la sociedad CPP S.A.¹¹² Las Demandantes insisten en el hecho de que el Ministerio del Interior hizo público, apenas unos días antes de la aprobación del Decreto N.º 165, un memorándum del que se desprende que “[...] sería este último [M. Pey] quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín [...]”.¹¹³
162. Los elementos del procedimiento por infracción de la legislación tributaria, iniciado en 1975 por el Director del Servicio de Impuestos Internos, vendrían a corroborar esta conclusión. Las Demandantes invocan también el informe de peritaje que los Inspectores de Impuestos entregaron al 8º Juzgado del Crimen el 26 de noviembre de 1975. En él se

¹¹¹ Las partes demandantes manifiestan que el capital social de CPP S.A. siempre ha sido de 40.000 acciones y que la emisión de 1.040.000 acciones liberadas que aprobó el Directorio en diciembre de 1972 no fue llevada a cabo (véanse la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 septiembre 2002, p. 23 y la comunicación N.º 01500 de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile de 5 de mayo de 1995 en el Anexo C-79).

¹¹² Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 42 y 43. El Decreto Supremo N.º 16 de 8 de enero de 1979 lo confirmaría al indicar que la prohibición de disponer de sus bienes impuesta al Sr. Pey no era aplicable a los bienes relativos a la sociedad Socomer. En sentido contrario, la prohibición se aplicaría al resto de bienes del Sr. Pey y, por lo tanto, a las acciones de CPP S.A. (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 42 y 43).

¹¹³ Véanse la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 41 y 42 y el Anexo C-8. Véanse también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 40 a 44 (Sr. Garcés) y el Informe del Consejo de Defensa del Estado al Ministerio del Interior citado por el Sr. Garcés de fecha 16 de octubre de 1974: “*De antecedentes relacionados resultaría que es Víctor Pey Casado quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín Ltda., dado que fue él quien efectuó el pago de US\$780.000 [...] aparte de los US\$500.000 que el Sr. Sainte-Marie había recibido con anterioridad*” (transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 44).

concluye que el Sr. Pey Casado es el adquirente de la sociedad CPP S.A.: “*aún cuando los trasposos de acciones se efectuaron a las personas indicadas en los párrafos precedentes [Sres. Venegas, González y Carrasco], éstos no recibieron los títulos, firmando a su vez trasposos en blanco a favor de Víctor Pey Casado, quien desde el 30 de marzo al 6 de diciembre de 1972 fue Presidente del Directorio de la Sociedad, de lo cual se desprende que sería este último quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.*”¹¹⁴

163. Las Demandantes consideran, además, que los Sres. Venegas, González y Carrasco no fueron condenados en este procedimiento porque no habían aportado “*antecedentes, título ni causa alguna en que fundar la compra de acción alguna de CPP S.A.*” y, en ausencia del hecho impositivo, (la pretendida adquisición de acciones de CPP S.A.) el juez chileno no podía reprocharles el impago de impuestos.¹¹⁵ Esto explicaría por qué el 8° Juzgado del Crimen aceptó devolver al Sr. Pey Casado los títulos de CPP S.A. tras disponer que “[*se acredite] previamente el dominio de las acciones sobre las cuales se pide devolución*”.¹¹⁶ Al ordenar la devolución de los títulos de CPP S.A. al Sr. Pey Casado el 29 de mayo de 1995, la justicia chilena habría confirmado igualmente que el Sr. Pey Casado era su único y verdadero propietario. El propio Sr. Pey Casado indicó al Tribunal que la devolución de los títulos iba a permitirle “*iniciar acciones destinadas a impugnar supuestas expropiaciones*”. Con el fin de esquivar el reconocimiento judicial de los derechos de propiedad del Sr. Pey Casado, la Demandada se dedica ahora a cuestionar el fundamento legal de la resolución del juez chileno.
164. Las Demandantes añaden que el Consejo de Defensa del Estado de Chile habría igualmente reconocido la calidad de propietario de la totalidad de las acciones de CPP S.A del Sr. Pey Casado en el procedimiento relativo a la devolución de la rotativa Goss. Por último, el propio Gobierno de Chile habría reconocido la calidad de accionista del Sr. Pey

¹¹⁴ Véase el Informe pericial de los Inspectores de Impuestos entregado al 8° Juzgado del Crimen el 26 de noviembre de 1975, p. 4 (Anexo C-43).

¹¹⁵ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 46. El Sr. Pey, por su parte, fue declarado en rebeldía (véanse *ibidem*, p. 47 y Anexo C-197).

¹¹⁶ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 50, pp. 52- 53 y cf. También el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Casado al referirse, en el año 1997, a la realización de “operaciones comerciales destinadas a adquirir el patrimonio cuya confiscación reclama”.¹¹⁷

165. Habida cuenta de que la Demandada reconoció en reiteradas ocasiones que el Sr. Pey Casado era el propietario de los títulos de CPP S.A., el argumento según el cual el Sr. Pey Casado debería considerarse un “mero mandatario” del Sr. Sainte-Marie o de los Sres. Venegas y González carecería de todo fundamento. Las Demandantes resumen su posición en cuanto a este punto en los términos siguientes:

“• la única persona [el Sr. Pey Casado] que convino un contrato, cumplió plenamente las condiciones a satisfacción del vendedor por un monto de 1.280.000 US\$, recibió y conservó la totalidad de los títulos de las acciones, dirigió en solitario las empresas desde la partida de D. Darío Sainte-Marie en abril de 1972, que ha sido proclamado el comprador en todas las investigaciones llevadas a cabo por el Estado de Chile, que ha sufrido la confiscación de sus bienes, no puede ser un mero “mandatario” de unos y otros sucesivamente;

• las personas que no han convenido contrato alguno [los Sres. Venegas y González], pretenden haber comprado acciones de la empresa por un monto que situaría el valor total de la empresa [sic] entre 4.000 y 5.000 US\$. Sin embargo, no pueden demostrar el pago de un solo céntimo, ni haber estado en posesión de título alguno en ningún momento. Además, el Estado de Chile ha reconocido en su momento que aquellas no habían podido ser las compradoras, y nunca sufrieron una confiscación. En esas condiciones ¿Cómo podrían ser las propietarias junto con la persona que vendió todas las acciones al Sr. Pey?”.¹¹⁸

166. Tras recordar que los Sres. Venegas, González y Carrasco no han aportado la prueba de que habían comprado las acciones de la sociedad CPP S.A. y, en particular, no han proporcionado ninguna prueba de pago, las Demandantes cuestionan la autenticidad y la credibilidad de los escritos de descargo de los Sres. Venegas y González de 23 de noviembre de 1974. Los supuestos descargos, suponiendo que se trate realmente de descargos presentados por estas personas ante las autoridades de la época,¹¹⁹ mostrarían

¹¹⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 54.

¹¹⁸ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 33.

¹¹⁹ Las partes demandantes sostienen que, en realidad, no se trata de descargos y reprochan al Estado demandado el haber practicado una “distorsión-falsificación manifiesta, [que afecta] al centro de la cuestión de la propiedad” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 79). Las demandantes insisten en que el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975 sólo se refiere a los descargos de los Sres. Osvaldo Sainte Marie y Mario Osses y no menciona en ningún momento los supuestos descargos de

principalmente “*la colusión*”¹²⁰ de estos últimos con las autoridades chilenas. De la lectura de sus declaraciones se revelaría que no pueden aportar prueba alguna de su compra, lo que explicaría por qué se les ha podido calificar de “*testaferros*” y por qué aceptan ambos el mantenimiento de la prohibición sobre las acciones de CPP S.A. al mismo tiempo que solicitan que se deje sin efecto respecto de todos sus otros bienes.

167. Por otro lado, las partes demandantes ven una prueba más de la propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones de CPP S.A. en el testamento que el Sr. Sainte-Marie realizó ante notario en Madrid, el 28 de marzo de 1979, y en cuyo inventario de bienes no figuran ni el CPP S.A. ni EPC Ltda. Lo mismo ocurriría con los testamentos de los Sres. González y Carrasco, en los que no figura ninguna referencia a las acciones en controversia.
168. Con objeto de demostrar la validez de la adquisición realizada por el Sr. Pey Casado, las Demandantes sostienen que la manera en que la Demandada interpreta el contrato de compraventa es totalmente inadecuada. La lectura efectuada por la Demandada haría abstracción del contexto en el que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra fueron concluidos y no tomaría en consideración la relación de confianza que unía a los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie. No obstante, es esa relación íntima entre las dos partes del contrato y la rapidez con la que se tomó la decisión de vender que explicarían la formulación y la estructura del contrato. El análisis esgrimido por la Demandada, que convierte al Sr. Pey Casado en un mandatario o un intermediario que habría cumplido con las obligaciones estipuladas en un contrato de depósito, sería, por tanto, inexacta.
169. Las Demandantes procedieron igualmente a la exposición del derecho aplicable al contrato de compraventa de los títulos de CPP S.A. y resumieron su posición en el transcurso de la audiencia del 5 de mayo de 2003. En lo referente a la forma de los contratos, convendría aplicar la norma *locus regit actum*. Dado que los dos contratos de los que disponen las Demandantes fueron concluidos en Estoril y en Ginebra respectivamente, el derecho portugués y el suizo les serían aplicables y ambos respetarían el principio de libertad de

los Sres. Venegas y González, que, según la Demandada, datarían del 23 de diciembre de 1974 (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 81).

¹²⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 82. Las demandantes añaden que las supuestas declaraciones de los Sres. Venegas y Ovalle, recibidas el 20 y el 18 de noviembre de 2002, apenas merecen credibilidad, sobre todo porque se contradicen con las propias declaraciones de los Sres. Venegas y González del mes de noviembre de 1975 ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 99).

forma de los contratos. En lo que concierne al fondo del contrato, la regla de conflicto portuguesa designaría el derecho del lugar de residencia habitual del deudor de la prestación característica, en este caso, el derecho español. La regla de conflicto suiza designaría igualmente el derecho de la residencia habitual del deudor de la prestación característica. El derecho español aplicable únicamente implicaría una exigencia de fondo, la del contrato de venta, es decir un acuerdo sobre la cosa y el precio, condiciones que se reunirían en este caso. La cesión de acciones así efectuada no tendría efecto en Chile salvo previa satisfacción de las exigencias establecidas en el Código Civil chileno, que, en lo relativo a la tradición de una acción, únicamente exige la entrega del título. Las Demandantes precisan que los contratos fueron ejecutados, pues el comprador efectuó el pago de US\$1,28 millones y el vendedor entregó los títulos y los formularios de traspaso correspondientes firmados en blanco.

170. Las Demandantes examinaron de manera particular el “régimen jurídico de transmisión de las acciones sociales nominativas” y sostienen que “según el régimen legal vigente en España, Portugal, Suiza y Chile las acciones nominativas 1. eran transferibles sin previo acuerdo de la sociedad emisora. En este caso el autor del traspaso debía limitarse a notificar a este último la cesión, para su inscripción en el Libro-Registro de accionistas; 2. su transmisión mediante un acto jurídico podía tener lugar por la entrega de un título endosado al adquirente. En el caso de especie ello se efectuó bajo la forma de una variante de endoso, con la entrega del título original al adquirente junto con una carta firmada de ‘traspaso de acciones’”.¹²¹
171. En sus escritos precisan también que la inscripción de una persona en el Libro-Registro de Accionistas de una sociedad anónima, medida de publicidad respecto de la sociedad y terceros, requiere previa demostración de su calidad de propietario de las acciones. La prueba exigida la constituirían los títulos y los formularios de traspaso correspondientes. De acuerdo con las Demandantes, la entrega por parte del cedente al cesionario del formulario de traspaso de las acciones firmado por la persona a cuyo nombre figuran las

¹²¹ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de 11 de septiembre de 2002, pp. 38 y 39. Las partes demandantes juzgan carentes de pertinencia los alegatos de la parte demandada sobre las acciones al portador, dado que “ninguna aproximación cabe hacer con las prácticas utilizadas en los “títulos al portador”, pues los títulos de las acciones son nominativos y el uso de los traspasos correspondientes implica que deben ser rellenos nominalmente por quien legítimamente dispone de ellos, con la firma nominativa del titular de las acciones correlativas” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 42).

acciones¹²² “[confiere] según la costumbre, reconocida por la jurisprudencia, [...] el derecho a acceder a la publicidad” de la condición de accionista. Las Demandantes concluyen que “la costumbre y la jurisprudencia reconocen, de este modo, que el poseedor legítimo del formulario de traspaso dispone del derecho a designar al titular de las acciones si no hace figurar de inmediato el nombre del cesionario en el espacio reservado a este efecto en el formulario”. El cesionario podría entonces elegir entre dos opciones: hacer constar su nombre en el formulario de traspaso, firmarlo, presentarlo para su inscripción en el registro, para que se archiven los títulos y los formularios de traspaso y se haga entrega nuevos títulos de acciones emitidos a su nombre; o dejarlo en blanco y, “en su caso, entregarlo, junto con el correspondiente título de acciones, a un futuro cesionario, retransmitiendo así, sucesivamente, la subrogación inicial, hasta que un propietario desee efectuar una nueva inscripción”.¹²³

172. Las Demandantes añaden que la utilización de los títulos acompañados de traspasos firmados en blanco para adquirir el capital de una sociedad es un “procedimiento habitual, corriente, banal, practicado desde siempre y en todas partes”, que “no ofrece la menor sombra de ilegalidad”.¹²⁴
173. Víctor Pey Casado se expresó ante el Tribunal para confirmar la existencia de la práctica habitual descrita por las Demandantes. Así pues, el Sr. Pey Casado señaló lo siguiente: “convinimos en un procedimiento simple y sencillo, generalmente usado por los corredores de la bolsa de Santiago: retener los títulos de las acciones y los traspasos firmados en blanco de las mismas, en los formularios que para tales efectos disponía la Bolsa de Valores de Santiago”.¹²⁵
174. De acuerdo con las partes demandantes, el examen de la jurisprudencia pertinente permitiría llegar a las siguientes conclusiones:

“La calidad de propietario de acciones de una S.A. no puede ser acreditada si no es por el siguiente conjunto de elementos:

¹²² Según las partes demandantes, esa persona puede ser “el cedente o la última persona que ha sido inscrita en relación con esas acciones en el Registro de Accionistas” (Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 13).

¹²³ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 13 y 14.

¹²⁴ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 31.

¹²⁵ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 80 (Víctor Pey Casado).

a) *El título constitutivo de la transferencia de la propiedad de esas acciones (por ejemplo, un contrato de compra-venta que reúna las condiciones necesarias para su validez),*

b) *La posesión efectiva y legítima de los títulos de propiedad de las citadas acciones (títulos de las acciones y, en su caso, el o los formulario(s) de traspaso correspondiente(s) firmado(s) por el o los titulares que figuran en el Libro-Registro de Accionistas).*

El Libro-Registro de Accionistas por su parte permite solamente acreditar -bajo reserva de hechos oponibles en sentido contrario - la identidad de las personas cuyas

a) *tomas de posición e intercambios son aceptables por la Sociedad en relación con las acciones,*

b) *deudas con terceros de buena fe pueden afectar a las acciones”*.¹²⁶

175. En consecuencia, Víctor Pey Casado debería ser considerado como el único y verdadero dueño de las acciones de CPP S.A., al ser él quien detenta los títulos y los formularios de traspaso firmados en blanco.
176. Las partes demandantes señalaron, además, que el Estado demandado, que pretende que la validez de la cesión de las acciones de CPP S.A. depende de su inscripción en el “*Libro-Registro de Accionistas*”, se niega a aportar este documento y, por lo tanto, no está en condiciones de sustentar sus alegaciones. En cualquier caso, la inscripción de los Sres. Venegas, González y Carrasco en el Libro-Registro de Accionistas carecería de efecto sobre el dominio de las acciones en controversia, dado que dichas personas nunca las adquirieron y nunca tuvieron posesión de los títulos y de los traspasos, a diferencia del Sr. Pey Casado.
177. El hecho de que el Sr. Pey Casado no hiciera uso de los formularios de traspaso en blanco que poseía para proceder a una inscripción en el Libro-Registro de Accionistas se explicaría, por una parte, por el secuestro del mismo por parte del ejército chileno en septiembre de 1973, y, por otra parte, por la ausencia de un plazo para cumplimiento de esta formalidad que, después de todo, no constituye una obligación, ya que no existe sanción alguna prevista en caso de incumplimiento. De acuerdo con las Demandantes, la costumbre comercial vigente en Chile en 1972 permitía, por demás, esperar al final de las

¹²⁶ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 62-63.

negociaciones para incluir el nombre del titular del traspaso en el formulario y proceder a la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas. El Libro-Registro de Accionistas, en poder del Sr. Pey Casado hasta que el ejército lo secuestró el 11 de septiembre de 1973, aún no ha sido restituido a su propietario, lo que le impide cumplir con la formalidad de publicidad a la que siempre tuvo derecho.

178. A título subsidiario, en la hipótesis de que el Tribunal considerara que el Sr. Pey Casado no es el propietario de las acciones de la sociedad CPP S.A., las Demandantes señalan que, desde el mes de abril de 1972, el Sr. Pey Casado ejerce el control absoluto sobre las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., hecho que el Estado demandado habría reconocido. Las Demandantes invocan también la cláusula de la nación más favorecida a fin de que se dé aplicación al artículo 1.2 del APPI entre Australia y Chile y al Protocolo del APPI entre Chile y Francia, los cuales reconocerían el concepto de control efectivo.

2. Conclusiones del Tribunal

179. A la luz de los elementos expuestos y de los documentos aportados por la partes, el Tribunal considera, en primer lugar, que el Sr. Pey Casado procedió efectivamente a la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., contrariamente a lo que alega la Demandada. En segundo lugar, estima que esta adquisición debe ser considerada como una inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI.

a) El Sr. Pey Casado adquirió las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.

180. Los hechos del presente caso tuvieron lugar en una época lejana y que estuvo marcada por una situación política y económica muy particular. Por ello, el establecer los hechos ha resultado ser una tarea difícil y ambas partes se han dedicado a defender una versión de los mismos con ayuda de la documentación que se encontraba a su disposición. Tras un detenido examen de los argumentos y las pruebas documentales presentadas por las partes, el Tribunal, en el ejercicio de su facultad de apreciación de la prueba, ha llegado a la conclusión de que el Sr. Pey Casado compró la totalidad las acciones de la sociedad CPP S.A. en el transcurso del año 1972. Esta conclusión se basa en tres elementos principales que son la conclusión de lo que las partes denominan "*Protocolos de Estoril*", complementado por el denominado "*Documento de Ginebra*", los pagos efectuados a favor del Sr. Darío Sainte Marie por un monto total de US\$1,28 millones y la entrega al Sr.

Pey Casado, en varios paquetes, de los títulos de la sociedad acompañados de sus formularios de traspaso firmados en blanco.

181. El Tribunal considera probado que, el 29 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado abonó al Sr. Darío Sainte-Marie la suma de US\$500.000 mediante giro desde el banco Manufacturers Trust Co. de Londres a la cuenta bancaria del Sr. Darío Sainte-Marie en Madrid.¹²⁷ El Anexo 21 a la solicitud de arbitraje demuestra claramente que se efectuó una transferencia por este monto a la cuenta del Sr. Sainte-Marie abierta en el *Banco Hispano Americano*, que se recibió el 4 de abril de 1972. Se hace, en efecto, referencia a este hecho en el contrato titulado “*Protocolos de Estoril*”, firmado el 13 de mayo de 1972, y que entre las obligaciones “*ya satisfechas*” incluía un “*depósito anterior de US\$500.000*”.¹²⁸
182. El Tribunal estima verosímil la tesis de las Demandantes según la cual el Sr. Darío Sainte-Marie era el propietario de la totalidad del capital de CPP S.A. en el momento en el que se iniciaron las negociaciones para la venta de las acciones de la sociedad. El Sr. Osvaldo Sainte-Marie, hermano de Darío Sainte-Marie, afirma en su declaración que ninguno de los accionistas había adquirido títulos, aparte del Sr. Sainte-Marie, único propietario de la sociedad CPP S.A.¹²⁹ Para el Tribunal es claro que el Sr. Darío Sainte-Marie y el Sr. Pey Casado recurrieron sucesivamente a la misma práctica consistente en comprar todos los títulos de la sociedad, inscribir en el Registro de Accionistas un cierto número de accionistas adicionales y emitir títulos a su nombre, a la vez que conservaban dichos títulos junto con los formularios de traspaso firmados en blanco. La emisión de los títulos les permitía ajustarse a la legislación en cuanto al número de accionistas exigidos para evitar la disolución de la sociedad y les ofrecería la posibilidad de recuperar y/o ceder los mismos en el momento que ellos estimaran oportuno. El Tribunal volverá a referirse a esta práctica más adelante en sus consideraciones.

¹²⁷ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 18. Las partes demandantes se basan en el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje de noviembre de 1997 para establecer la prueba del pago.

¹²⁸ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 16 y la copia de los Protocolos de Estoril del Anexo C-65.

¹²⁹ Declaración de Osvaldo Sainte-Marie de 8 de octubre de 1975 (Anexo C-113): “Ninguno de los socios, salvo Darío Sainte-Marie, aportan nada de su patrimonio. Son acciones de favor que nos regala el propietario del Consorcio”, p. 7. Véase también la querrela por delitos tributarios iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos el 1 de septiembre de 1975, p. 2 (Anexo C-42).

183. Como ha señalado la parte demandada, el 93% de los títulos emitidos¹³⁰ antes de la venta del capital al Sr. Pey Casado estaban a nombre del Sr. Darío Sainte-Marie y el 7% restante se había emitido a nombre de miembros de su familia, quienes, como explicó el Sr. Osvaldo Sainte-Marie, no habían efectuado pago alguno a tal efecto.
184. El 30 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado es nombrado Presidente del Consejo de Administración, confirmando así que el interesado estaba haciéndose progresivamente con el control de la sociedad CPP S.A. El 6 de abril de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie otorgó al Sr. Pey Casado, ante notario, el poder para ceder el 50% de los derechos que poseía en la sociedad EPC Ltda. y fijar su precio. El Sr. Pey Casado afirma haber recibido ese mismo día del Sr. Sainte-Marie un paquete de 25.200 acciones, acompañadas de sus formularios de traspaso firmados en blanco. En opinión del Tribunal, es el modo de adquisición utilizado por los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie, evocado más arriba, el que hace posible y verosímil esta versión de los hechos, contrariamente a lo que pretende la parte demandada. En efecto, el Sr. Pey Casado sostuvo que tenía la ambición de *“consolidar la propiedad del diario en un reducido grupo de personas que asegurasen, más allá de mi propia existencia la posición independiente del rotativo [...]”*.¹³¹ Con esta perspectiva, propuso la venta de un cierto número de acciones al Sr. González, al Sr. Venegas y, por último, al Sr. Carrasco. La situación económica de la época no permitía fijar el precio de los títulos, por lo que el Sr. Pey Casado los conservó junto con los formularios de traspaso firmados por cada uno de los interesados, de manera que el Sr. Pey Casado pudiera firmarlos a su vez en caso de que la venta a uno o a varios compradores potenciales no fuera llevada a término. Así, al mismo tiempo que el Sr. Pey Casado efectuaba la adquisición del capital de la sociedad CPP S.A., fueron emitidos títulos a nombre de los Sres. González, Venegas y Carrasco con vistas a una posible asociación con el Sr. Pey Casado.
185. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie firmaron el documento titulado *“Protocolos de Estoril”* en Portugal.¹³² Las partes demandantes ven en este

¹³⁰ Este porcentaje del capital corresponde a 37.200 acciones.

¹³¹ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 80 (Víctor Pey Casado).

¹³² Véase el Anexo C-65. Los Protocolos de Estoril prevén en parte pertinente:

“Obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes

documento un contrato de venta de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. en su totalidad por un monto de US\$1,28 millones. La parte demandada sostiene que los Protocolos de Estoril no pueden ser considerados como un contrato de compraventa, empezando por su título “*obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes*”, que no podría ser el de un contrato de compraventa. El Tribunal se detendrá más adelante en el método de interpretación que conviene adoptar, pero cree oportuno precisar ahora que, de acuerdo con el principio de interpretación del efecto útil, este documento debe interpretarse a fin de darle un sentido, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon su conclusión y su ejecución.

A. Se depositarán a D.S.M. US\$250.000 en igual lugar y forma al depósito anterior de US\$500.000 y se entregará a V.P., quien la mantendrá en su custodia, una letra de cambio, con vencimiento a un año plazo a contar de esta fecha, por US\$250.000 (doscientos cincuenta mil dólares), pagables en Escudos chilenos al tipo de cambio [aplicado por los] corredores, más los impuestos relativos al pago de los derechos de compra de divisas vigente en Chile en el momento en el que se efectúe el pago total.

B. Se sacarán los elefantes al 31-XII-71.

C. Se devolverán las letras avaladas por DSM que tiene a esta fecha el Banco del Estado.

D. Se regularizará un contrato de renta vitalicia que faculte a DSM para percibir un 30% (treinta por ciento) de las utilidades que arrojen los balances hasta el fallecimiento de DSM, a partir de cuyo momento esta renta vitalicia será de un 3% (tres por ciento) para cada una de las personas señaladas en el punto G, rentas que terminarían al fallecimiento de cada una de las personas beneficiarias.

E. Una vez cumplidos todos los puntos anteriores, DSM entregará a VP el 50% de acciones del Consorcio que DSM mantiene en su poder, con traspasos en blanco, hará traspaso de la marca “Clarín” al Consorcio y otorgará poder a VP para transferir el total de su participación en Clarín Ltda., incluyendo todas las facultades legales y estatutarias, que posea a esta fecha, en el precio y condiciones que VP estime conveniente, precio que DSM dará por recibido.

F. DSM acepta que, en sustitución de lo establecido en los puntos A y D, se depositen US\$500.000 (quinientos mil dólares) a su nombre en un banco suizo y se entregue a VP una letra de cambio a su orden con vencimiento a un año plazo por US\$280.000 (doscientos ochenta mil dólares), letra que deberá ser pagada en Suiza.

En garantía de este pago, DSM retendrá en su poder 12.000 (doce mil) acciones del Consorcio. De aceptarse por VP esta opción, queda convenida la eliminación de las rentas vitalicias señaladas en el punto D.

G. Los beneficiarios de las rentas vitalicias de un 3% (tres por ciento) para cada una señaladas en el punto D son: CARMEN KAISER LABBE, CARLOS DARÍO SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN DOROTEA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN VERONICA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN PAOLA SAINTE-MARIE KAISER Y JUAN PABLO SAINTE-MARIE KAISER, totalizando seis beneficiarios.

H. Durante 1973 se sacarán los elefantes del año 1972”.

186. Por el momento, el Tribunal se limitará a indicar que los Protocolos de Estoril contemplan efectivamente el pago de US\$1,28 millones, si se tiene en cuenta el primer “depósito” de US\$500.000 ya efectuado en la cuenta del Sr. Sainte-Marie y el monto de US\$780.000 resultante de la combinación de las cláusulas A y F. El contrato prevé, además, la entrega del 50% de las acciones de CPP S.A., lo que corresponde a 20.000 acciones. Las otras 5.200 acciones recibidas el 6 de abril, a las que no se hace referencia expresa en los Protocolos, fueron, no obstante, adquiridas también. En efecto, los Protocolos de Estoril precisan que establecen “obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes”.¹³³ La entrega de las 5.200 acciones por Darío Sainte-Marie a Víctor Pey Casado, que tuvo lugar antes del 13 de mayo, debe incluirse en la categoría de obligaciones ya cumplidas y aceptadas por las partes. La obtención de dichas acciones queda por demás confirmada por los documentos posteriores a la venta, en los que se concluye que el Sr. Pey Casado había adquirido la totalidad de las acciones de la sociedad CPP S.A.
187. El 14 de julio de 1972, se emitieron 20.000 títulos de la sociedad CPP S.A. a nombre del Sr. González, y su nombre fue inscrito en el Libro-Registro de Accionistas de la sociedad. Al mismo tiempo, el Sr. Pey Casado conservaba los títulos emitidos y los formularios de traspaso en blanco firmados por el Sr. González.
188. El 14 de agosto de 1972, se emitieron 2.800 títulos a nombre del Sr. Darío Sainte-Marie. Se trata de aquellos que estaban en poder de los miembros de la familia del Sr. Darío Sainte-Marie,¹³⁴ entregados al Sr. Pey Casado el 6 de abril de 1972. El 6 de septiembre del mismo año, se emitieron 5.200 títulos, que anteriormente estaban a nombre del Sr. Sainte-Marie, a nombre del Sr. Venegas. Son dichos títulos, acompañados de los formularios de traspaso en blanco firmados por el Sr. Venegas, los que conservó el Sr. Pey Casado.

¹³³ Véase igualmente la explicación del Sr. Pey Casado durante la audiencia del 7 de mayo de 2003: “Todos los acuerdos así alcanzados, también los anteriores a los Protocolos de Estoril y este mismo, y asimismo el posteriormente concretado en el documento de Ginebra en octubre de 1972, fueron siempre redactados por mí, y escritos de mi puño y letra. Todos fueron secuestrados por las autoridades chilenas y sólo he podido rescatar los que han sido conservados en el 8° Juzgado del Crimen de Santiago en el procedimiento del que tanto se ha hablado en este arbitraje. El precio definitivo fue fijado en Estoril el 13 de mayo de 1972” (véase la transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, p. 56. (Sr. Pey Casado)).

¹³⁴ Se trata de los Sres. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie y Juan Kaiser Labbé y de la Sra. Juana Labbé Venegas.

189. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie firmó ante el Cónsul de Chile residente en Zurich un “*poder especial*” que confería al Sr. Pey Casado, en calidad de socio de EPC Ltda., el derecho a proceder a la venta total o parcial de los derechos del Sr. Sainte-Marie, así como el derecho a vender a CPP S.A. una gama de marcas comerciales vinculadas con el diario “*El Clarín*”.¹³⁵ El Sr. Pey Casado hizo uso de este poder al ceder el 3,5% del capital de EPC Ltda. a CPP S.A. y el porcentaje restante al Sr. Carrasco.¹³⁶
190. El 2 de octubre de 1972, el Sr. Pey Casado redacta un documento, denominado Documento de Ginebra, a la atención del Sr. Sainte-Marie, con el fin de complementar las disposiciones de los Protocolos de Estoril.¹³⁷ El Sr. Pey Casado confirma en este documento haber recibido 12.000 acciones de la sociedad CPP S.A. Según las partes demandantes, esas 12.000 acciones fueron efectivamente entregadas al día siguiente, así como las otras 2.800 acciones en poder del Sr. Sainte-Marie. El hecho de que dichas acciones no se mencionen expresamente en el documento no afecta en nada al hecho de que fueron entregadas al Sr. Pey Casado. Como ya lo ha señalado el Tribunal, los

¹³⁵ Véase el Anexo C-80.

¹³⁶ Véase el Anexo C-68.

¹³⁷ El Documento de Ginebra prevé en parte pertinente:

“Señor Darío Sainte-Marie

De su propia mano

Declaro que con esta fecha he recibido de Ud. doce mil (12.000) acciones de su propiedad del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (Título 2-4-5 y 6), las que mantendré en mi poder sin cederlas o transferirlas a ningún título a persona alguna, sea ésta natural o jurídica, mientras no se cumplan cada una de las siguientes condiciones:

a) Se cancele totalmente una letra de cambio aceptada por mí y girada a su favor, con vencimiento 11 de septiembre de 1973;

b) Se procede a liberarlo de cualquier obligación tributaria que emane de la Empresa Periodística Clarín Ltda. y/o el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. en los ejercicios y balances anuales hasta el 31 de diciembre de 1972; y

c) Se le exonere de cualquier obligación, deudas y/o retiros acreditados en su cuenta personal o en la de cualquiera de sus familiares hasta el 30 de septiembre de 1972, tanto de la Empresa Periodística Clarín Ltda. como del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.

Si no se cumplieran algunas de las condiciones anteriores me comprometo a restituir a Ud. las doce mil acciones con sus correspondientes traspasos del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. que mantendré en mi poder, en depósito de garantía del total cumplimiento de las estipulaciones señaladas en las letras a, b y c”.

¹³⁸ Véase el Informe pericial de los Inspectores del Servicio de Impuestos Internos de 26 de noviembre de 1975, p. 4 en el Anexo C-43.

documentos de las autoridades chilenas confirman que el Sr. Pey Casado adquirió la totalidad de las acciones.¹³⁸ Este último se encontraba, además, en posesión de todas las acciones y de los formularios de traspaso correspondientes en el momento en que el ejército los secuestró.

191. A cambio de esas acciones y formularios de traspaso, el Sr. Pey Casado pagó el monto de US\$780.000 mediante transferencias bancarias y una letra de cambio a favor del Sr. Sainte Marie que el Sr. Pey Casado afirma haber entregado físicamente al vendedor.
192. Las partes demandantes aportaron la prueba de que se habían realizado dos transferencias, de US\$500.000¹³⁹ y US\$250.000,¹⁴⁰ en beneficio del Sr. Sainte-Marie desde la cuenta corriente N.º 11.235 del *Bank für Handel und Effekten*, de la que el Sr. Pey Casado era titular.¹⁴¹ También facilitaron la prueba de un giro por US\$10.000 en el que, sin embargo, no figura el nombre del destinatario.¹⁴² También afirman que el Sr. Pey Casado entregó al Sr. Sainte-Marie una letra de cambio por un monto de US\$20.000. Si bien las partes demandantes no han presentado copia de dicha letra de cambio,¹⁴³ el Tribunal considera que estos pagos tuvieron lugar. En efecto, varios documentos de las autoridades chilenas de la época indican, a título absolutamente oficial, que en la cuenta N.º 11.235 del Sr. Pey Casado figuraba una transferencia por US\$780.000,¹⁴⁴ y concluyen que el Sr. Pey Casado había efectuado un pago por dicho monto en beneficio del Sr. Sainte Marie.¹⁴⁵
193. El 18 de octubre de 1972, se emitieron 1.200 títulos a nombre del Sr. Venegas y otros 1.600 a nombre del Sr. Carrasco. Como en los casos anteriores, el Sr. Pey Casado conservó estos títulos así como los formularios de traspaso en blanco firmados por los interesados.

¹³⁹ Véase la Orden de pago a favor del Sr. Sainte-Marie por US\$500.000 contra la cuenta N.º 11.235, en el Anexo C-67.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Véase la Certificación del *Bank für Handel und Effekten* de 22 de julio de 1997 en el Anexo 4 al Memorial de las partes demandantes de 17 de marzo de 1999.

¹⁴² Véase la Orden de pago por US\$10.000 contra la cuenta N.º 11.235, en el Anexo C-161.

¹⁴³ Las partes demandantes se apoyan, entre otros, en la declaración del Sr. Osvaldo Sainte-Marie, en los Anexos C113 y D19.

¹⁴⁴ Véanse en particular la querrela iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos de 19 de marzo de 1976, en el Anexo C-41, y el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, en el Anexo C-8.

¹⁴⁵ Véase el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, en el Anexo C-8.

194. En lo concerniente a EPC Ltda., las partes están de acuerdo en que la sociedad CPP S.A. terminó detentando el 99% de su capital. En cambio, se hallan en desacuerdo respecto de la identidad del verdadero propietario del porcentaje restante. Para la parte demandada, el 1% restante sería propiedad del Sr. Carrasco, que lo habría adquirido del Sr. Sainte Marie. El Sr. Pey Casado sostiene, en cambio, que disfrutaba de un poder que le permitía vender la totalidad de las acciones de EPC Ltda. El Sr. Pey Casado, que gozaba así de un control absoluto sobre EPC Ltda., habría podido ceder fácilmente un porcentaje del capital al Sr. Carrasco y ordenar la emisión de un título a su nombre para evitar la disolución.¹⁴⁶
195. La lectura de los documentos no basta para determinar la identidad del verdadero comprador del 1% del capital restante de la sociedad EPC Ltda.¹⁴⁷ No obstante, el Tribunal, confrontado a dos versiones contradictorias de los hechos, está convencido de que la versión presentada por el Sr. Pey Casado es la más verosímil, ya que la posesión del 1% del capital de EPC Ltda. no revestía para el Sr. Carrasco, accionista cautivo, ningún interés a efectos de control de la sociedad. Su finalidad no podía ser otra que la de satisfacer las exigencias del derecho chileno en cuanto al número de accionistas, sirviendo así a los intereses de quien controlaba la sociedad, el Sr. Pey Casado. Este último era, pues, el verdadero propietario del 1% restante.
196. A la luz de los elementos anteriormente expuestos, el Tribunal está en condiciones de concluir que el Sr. Pey Casado efectuó efectivamente la adquisición, por un monto de US\$1,28 millones, de la totalidad de los títulos¹⁴⁸ de la sociedad CPP S.A., que, a su vez, poseía la totalidad del capital de la sociedad EPC Ltda.

¹⁴⁶ Véase la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 105. (Sr. Pey): “Con objeto de evitar la extinción de la sociedad limitada, dado que según la ley chilena no puede permanecer todo el patrimonio en una sola persona, convine de común acuerdo con el señor Ramón Carrasco, que él nominalmente apareciera con un 1 por ciento de la sociedad limitada” (el subrayado es nuestro).

¹⁴⁷ El Anexo 68 presentado por las partes demandantes indica simplemente que el Sr. Pey Casado vendió al Sr. Carrasco, ante notario, un porcentaje del capital y de los derechos de la sociedad EPC Ltda. Otro documento presentado por las partes demandantes indica que el Sr. Carrasco se habría comprometido posteriormente a revender sus acciones de EPC Ltda. (véase el Memorándum del Subsecretario del Interior de 3 de febrero de 1975 (Anexo C-8): “*En noviembre de 1972 Sainte-Marie cedió al mismo Carrasco Peña el 1% de la Empresa Periodística "Clarín", comprometiéndose este último a vender ese 1% al Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. por el monto de 1.000 escudos*”).

¹⁴⁸ El capital social de CPP S.A. siguió siendo de 40.000 acciones, tal como se certifica en la Comunicación N.º 01500 de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile de 5 de mayo de 1995 (Anexo C-79).

197. La convicción del Tribunal se ve reforzada por el hecho de que la versión de los hechos defendida de manera activa por el Estado de Chile no se sustenta en ninguna prueba pertinente y no es susceptible de ser conciliada con ciertos documentos que el Tribunal considera poseen valor probatorio.
198. Para sustentar la tesis según la cual los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie habrían sido los verdaderos compradores y propietarios de las acciones de CPP S.A., la parte demandada se apoya esencialmente en los siguientes documentos:
- los títulos en cuya posesión se encontraba el Sr. Pey Casado en aquella época y que las partes demandantes han aportado;
 - los escritos de descargo presentados en el año 1974 por los Sres. González y Venegas, en los que aceptan la confiscación de los títulos de CPP S.A.;
 - las declaraciones efectuadas en 1975 por los Sres. González, Venegas y Carrasco ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago, en las que afirman ser los propietarios de las acciones en controversia;
 - las decisiones judiciales en las que esas mismas personas no fueron condenadas por fraude tributario.
199. No obstante, el Tribunal constata que la Demandada no presentó ningún contrato de compraventa de las acciones en el que alguno de los supuestos accionistas hubiera sido parte ni tampoco aportó pruebas de un posible pago proveniente de estas personas.
200. La Demandada tampoco ofreció explicaciones convincentes sobre la existencia de los formularios de traspaso en blanco firmados por los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. Según la Demandada se trataría simplemente de una anomalía sin explicación lógica posible. Tampoco aclaró suficientemente las razones por las que estos formularios se encontraban en poder del Sr. Pey Casado¹⁴⁹ y no de sus supuestos

¹⁴⁹ Las autoridades chilenas de la época dejaron constancia por escrito en varias ocasiones de que los títulos y sus correspondientes traspasos se encontraban en posesión del Sr. Pey en el momento en que fueron secuestrados. Véanse, por ejemplo, el Informe del Asesor Jurídico del Ministerio del Interior de 16 de octubre de 1974, el Informe del Consejo de Defensa del Estado de noviembre de 1974, comunicados por Chile el 12 de noviembre de 2002, el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, presentado en el Anexo C-8, y la querrela iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos de 19 de marzo de 1976, presentada en el Anexo C-41.

propietarios. El argumento según el cual el Sr. Pey Casado habría actuado como mandatario de los Sres. González, Venegas y Carrasco para vender sus acciones se basa únicamente en meras afirmaciones, sin que la Demandada haya aportado contrato alguno que así lo demuestre.

201. La Demandada no consigue conciliar su propia versión de los hechos con los documentos contractuales firmados por el Sr. Sainte-Marie y el Sr. Pey Casado y se limita a describir al Sr. Pey Casado como una especie de mandatario o intermediario en una transacción que no guardaría relación con la cesión de las acciones y cuya naturaleza no se podría determinar con exactitud.
202. Las Demandantes, por su parte, aportaron un conjunto de documentos que demuestran que las autoridades chilenas habían llegado en varias ocasiones a la conclusión de que el Sr. Pey Casado había adquirido los títulos de CPP S.A. y los había conservado en su poder junto con los formularios de traspaso en blanco.
203. El Sr. Pey Casado se vio afectado por una serie de decretos adoptados poco después del embargo del diario “*El Clarín*”. Así, un primer texto, el Decreto Ley N.º 77 de 13 de octubre de 1973 declara ilícitas y disueltas las entidades que sostienen la corriente marxista¹⁵⁰ y contempla el traspaso de sus bienes bajo propiedad del Estado.¹⁵¹ Más tarde se adopta el Decreto Supremo N.º 1726 de 3 de diciembre de 1973 a fin de dar al aplicación del artículo 1 del Decreto Ley N.º 77. En él se prevé que el Ministerio del Interior sea el encargado de identificar las entidades abarcadas por dicho Decreto Ley. Tratándose de personas naturales, el Ministerio del Interior declarará también en estudio su situación patrimonial.¹⁵² El Decreto Exento N.º 276 de 21 de octubre de 1974 aplica las disposiciones del Decreto Ley N.º 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Es en ese decreto igualmente donde aparece por vez primera el nombre de Víctor Pey Casado. En efecto, el decreto declara en estudio la situación patrimonial de los Sres. Darío Sainte-

¹⁵⁰ El decreto se refiere en su artículo 1 a “los partidos políticos y entidades, agrupaciones, facciones o movimientos [que sustenten la doctrina marxista] [...] como asimismo las asociaciones, sociedades o empresas de cualquiera naturaleza que directamente o a través de terceras personas pertenezcan o sean dirigidos por cualquiera de ellos”.

¹⁵¹ Véase el Decreto Ley N.º 77 de 13 de octubre de 1973 que declara ilícitos y disueltos los partidos políticos que se señala, artículo 1 (Anexo 19 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

¹⁵² Véase el Decreto Supremo N.º 1726 por el que se aprueba el reglamento a efectos de la aplicación del artículo 1 del Decreto Ley N.º 77 de 1973 (Anexo 73 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

Marie, Osvaldo Sainte-Marie, Víctor Pey Casado, Mario Osses González, Emilio González González, Jorge Venegas Venegas y Ramón Carrasco Peña.

204. Apenas unos días antes de la aprobación del Decreto N.º 276, el 16 de octubre de 1974, el Asesor Jurídico del Ministerio del Interior escribió a este último para indicarle que se habían encontrado los títulos de la sociedad CPP S.A. y los formularios de traspaso correspondientes en posesión del Sr. Pey Casado, y que del examen de este conjunto de elementos, “[...] resultaría que Víctor Pey Casado fué quien compro el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín Ltda. [...]”.¹⁵³ Del mismo modo, en un informe del Consejo de Defensa del Estado del año 1974,¹⁵⁴ se concluye que “quedan así traspasados a Pey todos los derechos en las sociedades dueñas de Clarín y de sus edificios, máquinas, dineros, etc.”, basándose para ello en un análisis de los Protocolos de Estoril y de la entrega de títulos y formularios de traspaso por los Sres. González, Venegas y Carrasco al Sr. Pey Casado.
205. Un memorándum del 3 de febrero de 1975, leído en público por el Subsecretario del Interior, llega a la misma conclusión:

*“De los antecedentes expuestos y considerando que se encontraron en poder de Víctor Pey todos los títulos y los traspasos en blanco de las personas a cuyo nombre figuran estos títulos, resulta que fue éste quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín, efectuando los pagos correspondientes con US\$780.000 proporcionados por el Banco Nacional de Cuba, sin perjuicio de los US\$500.000 que Sainte-Marie recibió con anterioridad”.*¹⁵⁵

206. Este memorándum confirma igualmente el modo de adquisición de las acciones utilizado por el Sr. Pey Casado:

“El título a favor de González González otorgado el 14 de julio del expresado año 1972, no le fue entregado a su beneficiario, sino que fue conservado por un personaje, Víctor Pey Casado, junto con un traspaso en blanco firmado, naturalmente, por González, como consta fehacientemente de la investigación. [...]”

¹⁵³ Anexo presentado por Chile el 12 de noviembre de 2002.

¹⁵⁴ Este informe parece datar del año 1974; falta la primera página de este informe presentado por Chile el 12 de noviembre de 2002.

¹⁵⁵ Véase el Memorándum del Subsecretario del Interior de 3 de febrero de 1975 (Anexo C-8).

Con fecha de 6 de septiembre y 18 de octubre de 1972, se cursaron traspasos por 5.200 y 1.200 acciones, respectivamente en favor de Jorge Venegas Venegas y otorgando la sociedad el título correspondiente. Sin embargo, tanto los títulos como los traspasos firmados en blanco por Venegas se encontraron en poder de Víctor Pey Casado. [...]

*El 18 de octubre de 1972 se cursa un nuevo traspaso por 1.600 acciones de, propiedad de Darío Sainte-Marie en favor de Ramón Carrasco Peña, que igual que en los casos anteriores, tampoco recibió el título respectivo, sino que lo entregó a Pey Casado, junto con un traspaso firmado en blanco”.*¹⁵⁶

207. Tan sólo una semana después de la publicación de este memorándum, se aprueba el decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975, que prevé la confiscación de los bienes muebles de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., así como de un conjunto de inmuebles pertenecientes a esas mismas sociedades. El preámbulo del decreto hace referencia expresa al Decreto N.º 276 y menciona específicamente al Sr. Pey Casado.¹⁵⁷
208. Algunos meses más tarde, el Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 declara que el Sr. Pey Casado se encuentra en la situación contemplada por el artículo 1.2 del Decreto Ley N.º 77,¹⁵⁸ que, a su vez, prevé que “[los] bienes [de los partidos políticos y otras entidades mencionadas en las secciones precedentes¹⁵⁹] pasarán a dominio del Estado [...]”. Este decreto transfiere igualmente al Estado la propiedad de ciertos fondos depositados en la Asociación de Ahorro y Préstamo Ahorromet, perteneciente al Sr. Pey Casado.¹⁶⁰ El Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977 completa el Decreto

¹⁵⁶ Véase el Anexo C-8, p. 3.

¹⁵⁷ Véase el Decreto Supremo del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, apartado 5 del preámbulo (Anexo 1 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

¹⁵⁸ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 3 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). El Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 modifica también por su artículo 1 el Decreto Supremo N.º 165 para añadir un bien inmueble.

¹⁵⁹ Dichas entidades comprenden, en particular, “las asociaciones, sociedades o empresas de cualquier naturaleza que, directamente o a través de terceros que pertenezcan o sean dirigidos por uno cualquiera de ellos [entidades que sostienen la doctrina marxista]” (artículo 1 del Decreto N.º 77).

¹⁶⁰ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). El decreto precisa igualmente en su considerando N.º 6 que los Sres. Venegas y González han presentado escritos de descargo en los que aceptan la confiscación de los títulos de la sociedad CPP S.A., a la vez solicitan poder disfrutar de la libre disposición del resto de sus bienes. Dichos descargos no son suficientes para demostrar que los Sres. Venegas y González son los verdaderos compradores de las acciones, pues faltaría una prueba que confirmara esta versión de los hechos. Por otra parte, es sorprendente que los Sres. Venegas y González aceptaran la confiscación de uno solo de sus supuestos bienes, precisamente aquel

Supremo N.º 580 al declarar que *“pasan a dominio del Estado todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes al mencionado Pey Casado, y en especial, el total de los fondos invertidos en certificados de ahorro reajustables, en el Banco Central de Chile”*.¹⁶¹

209. A finales del año 1975, en el transcurso del procedimiento pendiente ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago, los inspectores del Servicio de Impuestos Internos presentaron un informe de peritaje que, una vez más, concluía que el Sr. Pey Casado había adquirido las acciones de la sociedad CPP S.A.:

“Ahora bien, aún cuando los traspasos de acciones se efectuaron a las personas indicadas en los párrafos precedentes, éstos no recibieron los títulos, firmando a su vez traspasos en blanco a favor de Víctor Pey Casado, quien desde el 30 de marzo al 6 de diciembre de 1972 fue Presidente del Directorio de la Sociedad, de lo cual se desprende que sería este último quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.”.¹⁶²

210. El 8º Juzgado no condenó, por falta de pruebas, a los Sres. González, Venegas y Carrasco por infracción tributaria y el Sr. Pey Casado fue declarado en rebeldía.¹⁶³ La parte demandada concluye que la justicia reconoció que los Sres. González, Venegas y Carrasco eran los verdaderos propietarios de las acciones de la sociedad CPP S.A. Ahora bien, a la luz de los documentos contenidos en el expediente, de la resolución del 8º Juzgado de 29 de mayo de 1995 y de las contradicciones internas en la argumentación de la parte demandada, el Tribunal no puede llegar a la misma conclusión.

cuya adquisición reivindicaba el Sr. Pey Casado y que las autoridades chilenas de la época habían reconocido en reiteradas ocasiones.

¹⁶¹ Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997), por el que se transfiere la propiedad de todos los derechos y acciones del Sr. Pey Casado en la sociedad Socomer Ltda. y sus filiales (artículo 2). Véase también la Comunicación secreta del Ministerio de Tierras y Colonización al Ministro del Interior de 10 de noviembre de 1977 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

¹⁶² Informe de peritaje de los inspectores del Servicio de Impuestos Internos de 26 de noviembre de 1975, p. 5 (Anexo C-43). Los inspectores concluyen también que el verdadero propietario de las empresas sería Salvador Allende, y que Víctor Pey Casado habría adquirido las acciones *“por encargo de Salvador Allende Gossens”* (p. 5). A similares conclusiones a llega el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos en una presentación de documentos: *“estos traspasos fueron encontrados, de forma similar a la que he mencionado anteriormente, en las oficinas de Víctor Pey Casado, quien, por cuenta y en nombre de Salvador Allende, controlaba las sociedades propietarias del diario Clarín, con los testafierros Carrasco, Venegas y González como coartada ante terceros”* (Anexo C-41).

¹⁶³ Véase la Resolución del 8º Juzgado del Crimen de 1 de septiembre de 1976 (Anexo C-197).

211. Las resoluciones de 11 de diciembre de 1975, 11 de junio de 1976 y 17 de enero de 1977 son particularmente telegráficas y no revelan su motivación. La resolución de 11 de diciembre de 1975 indica simplemente que *“atendido el mérito de autos, no ha lugar a la declaratoria de reo de Jorge Venegas Venegas, Emilio González González y Ramón Carrasco Peña”*.¹⁶⁴ Asimismo, en su resolución del 11 de junio de 1976, la Corte de Apelaciones correspondiente al 8° Juzgado desestimó la apelación planteada contra la primera resolución, al considerar que no se reunían las condiciones de la infracción imputada a los Sres. González, Venegas y Carrasco.¹⁶⁵ Finalmente, el 8° Juzgado determinó el 17 de enero de 1977 que *“con los diversos antecedentes reunidos en autos, no resulta completamente justificada la existencia del delito previsto y sancionado en el art. 97 N.º 4 del Código Tributario imputado a Jorge Venegas, Emilio González y Ramón Carrasco al indicar como precio de adquisición de acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. un precio inferior al verdadero, con el objeto de burlar impuestos”*.¹⁶⁶
212. La jurisdicción chilena se limitó, pues, a constatar que la parte acusadora no había reunido pruebas suficientes para establecer la existencia de una infracción tributaria. En ningún momento el 8° Juzgado afirmó o reconoció que *“resulta[ba] indiscutible que [los Sres. González, Venegas y Carrasco] habían adquirido las acciones de CPP SA”*.¹⁶⁷ Ningún elemento en los documentos entregados por la Demandada apunta en ese sentido.¹⁶⁸
213. El 1 de febrero de 1995, el Sr. Pey Casado presentó una solicitud ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago para obtener la devolución de los *“títulos y traspasos de acciones originales firmados en blanco”* por los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie, que correspondían a las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. En su escrito, el peticionario precisaba que tenía *“por objeto de iniciar acciones destinadas a impugnar*

¹⁶⁴ Anexo 88 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁵ Anexo 89 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁶ Anexo 90 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁷ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 58.

¹⁶⁸ En sus declaraciones ante el Octavo Juzgado, lo único que afirmaron los Sres. González, Venegas y Carrasco es que habían adquirido comprado de CPP S.A. Las posteriores declaraciones de los Sres. Venegas y Ovalle tampoco demuestran que las acciones de CPP S.A. fueran adquiridas por los Sres. González, Venegas y Carrasco.

*supuestas expropiaciones de los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. [...]”.*¹⁶⁹

214. El 8º Juzgado notificó la solicitud del Sr. Pey Casado al Servicio de Impuestos Internos, que no reaccionó ante tal anuncio. El 19 de mayo de 1995, el Juzgado del Crimen ordenaba que se “[acreditase] previamente el dominio de las acciones sobre las cuales se pide devolución”.¹⁷⁰ El Sr. Pey Casado alegó lo siguiente: en virtud del artículo 700 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo; la calidad de poseedor y dueño del Sr. Pey Casado nunca había sido controvertida; no existe registro público “donde conste la inscripción de estos traspasos de acciones, toda vez que todos los antecedentes de esta sociedad fueron confiscados ilícitamente; y la restitución solicitada tiene precisamente por objeto la reconstitución del libro de accionistas, con todas las formalidades y medidas de publicidad que exigen tanto la Ley como el Reglamento de Sociedades Anónimas”.¹⁷¹
215. El 29 de mayo de 1995, atendido “el mérito de los antecedentes”, el 8º Juzgado decidió ordenar la devolución de los documentos solicitados. Tras examinar el expediente, el Juzgado del Crimen estimó que el Sr. Pey Casado sólo podía demostrar su calidad de propietario mediante los elementos del expediente judicial que obraba en su poder, reconociendo así que el Sr. Pey Casado era, efectivamente, el adquirente y propietario de las acciones.
216. La Demandada alega que esta resolución no se ajusta a derecho. El Juzgado del Crimen se habría eximido de establecer previamente si el solicitante tenía calidad de propietario y no habría informado a los “verdaderos interesados”, Sres. González, Venegas y Carrasco, de la presentación de la solicitud del Sr. Pey Casado.
217. El Tribunal de arbitraje constató, por un lado, que la resolución del 8º Juzgado era pública y que no fue objeto de recurso alguno por parte del Servicio de Impuestos Internos o de terceros que pudieran estar interesados en el caso. Además, el Juzgado del Crimen se pronunció sobre la pertinencia de los documentos requeridos por el solicitante y de los argumentos que se le habían presentado para que aceptara la solicitud de devolución del Sr.

¹⁶⁹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

¹⁷⁰ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p.50.

¹⁷¹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Pey Casado. La resolución de la jurisdicción chilena constituye, por lo tanto, un elemento adicional que permite concluir que el Sr. Pey Casado debe considerarse adquirente y propietario de los títulos de CPP S.A.

218. Por otra parte, el argumento adicional de la Demandada según el cual la resolución del 8° Juzgado no constituiría un reconocimiento judicial del derecho de propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones, sino que se trataría de una “*sencilla decisión de naturaleza procesal derivada simplemente de la tenencia física por parte del reclamante de los documentos en el momento de su confiscación*”¹⁷² no resulta convincente.
219. A fin de no obviar ningún elemento, el Tribunal examinará por último lugar el argumento esgrimido por la Demandada para controvertir la validez jurídica del contrato de venta de las acciones de CPP S.A.
220. El Tribunal cree oportuno recordar que, en la última fase de su argumentación, el Estado demandado ha estimado inútil el análisis del derecho internacional privado planteado por las Demandantes y concentrado su crítica en torno a la calificación del contrato sostenida por aquellas.¹⁷³ La argumentación de la Demandada equivale en realidad a aceptar el análisis del derecho internacional privado de las Demandantes y a sostener que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no se pueden interpretar como un contrato de venta de las acciones de CPP S.A., sea cual sea el derecho aplicable. Bajo esta perspectiva, la Demandada ha desarrollado toda una argumentación basada en los términos precisos empleados en los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra. Analizando los términos del contrato de manera aislada y en su sentido literal, la Demandada se esforzó en demostrar que estos documentos no podían, en definitiva, tener un significado preciso.
221. De entrada, el Tribunal señala que las autoridades chilenas de la época no parecen haber tenido dificultad alguna para considerar la transacción concluida por los Sres. Sainte-Marie y Pey Casado como un contrato de compraventa.

¹⁷² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 109.

¹⁷³ Véase la transcripción de la audiencia del 6 de mayo de 2003, pp. 18 y 19 (Sr. Di Rosa): “Se ha hablado ayer sobre el derecho aplicable pero, en definitiva, lo que rige las obligaciones en este tipo de acuerdo que alegan las Demandantes es el texto mismo del contrato. Veremos que ni el Documento de Estoril ni el de Ginebra se refieren en momento alguno a una compraventa de acciones del CPP”. Para la argumentación anterior, véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 291 a 297.

222. Si bien es cierto que la utilización de ciertos términos carece de precisión o parece inadecuada,¹⁷⁴ el Tribunal considera que conviene adoptar un método de interpretación que confiera un efecto útil a los documentos presentados. En este caso, las circunstancias que rodearon la redacción y la conclusión de los Protocolos de Estoril y del Documento de Ginebra son decisivas y no pueden ser ignoradas sin más. El Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie, a los que unía una relación de amistad, no rodearon el desarrollo de la transacción y la redacción de los documentos que la materializan de un formalismo puntilloso. Sin embargo, existe un acuerdo sobre la cosa y el precio, sin restricción de forma, lo que satisface las condiciones estipuladas por el derecho aplicable según el análisis no controvertido de las partes demandantes durante las audiencias de mayo de 2003.
223. En efecto, como se desprende de los hechos y de las posiciones adoptadas por las autoridades chilenas, el Sr. Pey Casado procedió al pago en varios contados del monto de US\$1,28 millones y el Sr. Sainte-Marie le entregó, en diversos traspasos, las 40.000 acciones de CPP S.A. El hecho de que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no sean totalmente exhaustivos y hayan podido completarse mediante acuerdos verbales entre las partes es perfectamente compatible con la aplicación del principio de libertad de forma de los contratos.
224. No obstante, aún en el caso de que existiera un contrato de venta entre el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie, la Demandada considera necesario hacer una distinción entre el contrato de compraventa de las acciones, cuya validez estaría establecida, y *“la transferencia de la propiedad o dominio sobre las acciones”* que exigiría el cumplimiento de una serie de formalidades so pena de nulidad.
225. Las Demandantes, por su parte, estiman que, en el año 1972, era posible y conforme al derecho chileno adquirir acciones nominativas mediante la entrega de títulos emitidos a nombre de un tercero y del formulario de traspaso en blanco firmado por dicho tercero. Bastaba con proceder posteriormente a las formalidades previstas por la Ley para que las acciones figuraran a nombre del adquirente. Se trataría, según las Demandantes, de una práctica comercial habitual.

¹⁷⁴ Es el caso, por ejemplo, del término *“depósito”* o, en otro registro, del término *“elefantes”* (véase el Anexo C-65 antes citado).

226. Tras examinar la argumentación de las partes, el Tribunal considera que, aún si existía una práctica habitual como describen las Demandantes, no es menos cierto que, en 1972, para adquirir el dominio de las acciones con efecto *erga omnes*, era necesario respetar las formalidades prescritas en el artículo 451 del Código de Comercio y el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas. La Demandante y el Profesor Guillermo Bruna, que proveyó una opinión a la Demandante,¹⁷⁵ no demostraron que existiera un uso que permitiese adquirir la propiedad plena de las acciones con efectos *erga omnes* mediante la entrega del título a nombre de un tercero y del formulario de traspaso en blanco firmado por dicho tercero.
227. Sin embargo, el Tribunal tampoco quedó convencido con la exposición de la Demandada sobre las consecuencias de la inobservancia de las formalidades, y especialmente de la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas. En efecto, la Demandada sostiene, aunque sin documentación que lo apoye, que la inobservancia de las formalidades conlleva la nulidad absoluta de los actos no conformes a ellas.¹⁷⁶ Después de manifestar la “*indiscutible preeminencia del Código de Comercio sobre el Código Civil en la materia*”, no señala disposición alguna de dicho código en la que se contemple la sanción de nulidad en caso de no respetarse el artículo 451. La jurisprudencia¹⁷⁷ y la doctrina¹⁷⁸ invocadas tampoco indican que la inobservancia de las formalidades previstas para la transferencia de acciones nominativas deba sancionarse con la nulidad. A lo sumo, se podría concluir que la inobservancia de las formalidades puede generar que la transferencia en controversia sea inoponible a terceros y a la sociedad.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Véase el informe del profesor Guillermo Bruna de 21 de junio de 2002 (D17).

¹⁷⁶ Véase el informe del profesor Sandoval para la parte demandada de 3 de febrero de 2003, p. 26.

¹⁷⁷ Véase la resolución de la Corte Suprema de Chile de 15 de diciembre de 1942 (Anexo 37 al Informe del profesor Sandoval), la resolución de la Corte Suprema de Chile de 27 de noviembre de 1991, adoptada bajo el imperio de una nueva legislación (Anexo 38 al Informe del profesor Sandoval) y la resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 5 de noviembre de 1935 (Anexo 39 al Informe del profesor Sandoval).

¹⁷⁸ Véase Julio Olavarría Avila, *Manual de Derecho Comercial*, 1970, pp. 354 a 357 (Anexo 36 al Informe del Profesor Sandoval).

¹⁷⁹ Véase la resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 5 de noviembre de 1935, considerando N° 5 (Anexo 39 al Informe del Profesor Sandoval).

228. En ausencia de un plazo específico establecido por la legislación vigente para proceder al cumplimiento de las formalidades requeridas,¹⁸⁰ el Sr. Pey Casado podría haber remediado esta inoponibilidad procediendo al cumplimiento de las mismas, lo que le fue imposibilitado debido al secuestro de los títulos. Contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, el hecho de que el Sr. Pey Casado no hubiera procedido al cumplimiento de las formalidades en cuestión antes del secuestro de los títulos no significa que no *podía* hacerlo. Sin dejar de ajustarse a la normativa sobre el número mínimo de accionistas, el Sr. Pey Casado estaba en capacidad de proceder al cumplimiento de las formalidades requeridas y, en opinión del Tribunal, tenía muy probablemente la intención de hacerlo en cuanto la situación política y económica lo permitiera.
229. El Tribunal concluye que, en el momento en el que tuvo lugar el embargo del diario “*El Clarín*”, el Sr. Pey Casado debía ser considerado como el único propietario legítimo de las acciones de la sociedad CPP S.A.
230. Conviene ahora determinar si la transacción efectuada por el Sr. Pey Casado satisface el requisito de inversión establecido en el artículo 25 del Convenio CIADI.
- b) La adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. cumple el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI
231. Ambas partes han alegado, con toda la razón, que el Convenio CIADI no contiene una definición del concepto de inversión. No obstante, el estudio de la jurisprudencia CIADI pone de manifiesto que existen al menos dos interpretaciones del concepto de inversión de acuerdo al Convenio CIADI. La primera de ellas se limita a identificar un cierto número de “*características*” que permitirían concluir la existencia de una inversión. Bajo dicha concepción, bastaría con que algunas de estas “*características*” habituales de la inversión, no necesariamente todas, se reúnan en el presente caso para poder concluir que nos encontramos ante un caso de inversión. Es la solución adoptada por los tribunales de arbitraje en los casos *Fedax c. Venezuela*,¹⁸¹ *CSOB c. Eslovaquia*¹⁸² y, más recientemente,

¹⁸⁰ El plazo planteado por el artículo 37 sólo concierne a “los trasposos que hayan sido presentados antes de un cierre del Registro de Accionistas”.

¹⁸¹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, caso CIADI N° ARB/96/3, laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, párrafo 43.

MCI c. Ecuador.¹⁸³ Esta concepción poco exigente de la inversión es también defendida por ciertos autores.¹⁸⁴ Otros tribunales de arbitraje sostienen, en cambio, una verdadera definición de inversión que supone que se satisfagan criterios específicos. Concluyen que si la totalidad de estos criterios no se cumplen de manera cumulativa, no podría hablarse de inversión de acuerdo al Convenio del CIADI.¹⁸⁵ Sin embargo, la jurisprudencia arbitral no es totalmente uniforme en lo que se refiere a la definición de tales criterios. Algunos tribunales han considerado que existe una inversión siempre que se reúnan tres elementos: la existencia de un aporte al país en cuestión, que dicho aporte suponga una cierta duración en el tiempo y que comporte para quien efectúa dicho aporte un cierto riesgo.¹⁸⁶ Otros han considerado, a partir de un análisis del preámbulo del Convenio CIADI, que la existencia de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI reposa en la conjunción de cuatro elementos: los tres anteriores más el de la contribución de la transacción en controversia al desarrollo económico del Estado receptor.¹⁸⁷ Existen incluso algunas decisiones aisladas donde se concluye que no se pudo establecer la existencia de inversión pues el solicitante

¹⁸² *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. República Eslovaca*, caso CIADI N.º ARB/97/4, laudo sobre competencia de 24 de mayo de 1999, párrafo 90, en Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pédone 2004, p. 577 y, en particular, p. 598.

¹⁸³ *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador*, caso CIADI N.º ARB/03/6, laudo de 31 de julio de 2007, párrafo 165.

¹⁸⁴ Véase especialmente Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 140, párrafo 122.

¹⁸⁵ Sobre las diferentes corrientes de interpretación de la noción de inversión de acuerdo al Convenio CIADI, véanse E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 828, y las observaciones sobre el laudo sobre competencia en el caso *Bayindir* de 14 noviembre de 2005, J.D.I., 2006.362.

¹⁸⁶ Véanse especialmente *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia*, caso CIADI N.º ARB/03/08, Laudo de 10 de enero de 2005, párrafo 13 (iv), JDI 2006.237, especialmente pp. 239 y 240. Véase igualmente *L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. c. Argelia*, caso CIADI N.º ARB/05/3, decisión de 12 de julio de 2006, párrafo 72(iv).

¹⁸⁷ Véanse especialmente *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, caso CIADI N.º ARB/00/4, Laudo sobre competencia de 23 de julio de 2001, párrafo 52, JDI 2002, p. 208; *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/03/11, laudo sobre competencia de 6 de agosto de 2004, párrafo 53, JDI 2005.163, p. 168; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/04/13, laudo sobre competencia de 16 junio de 2006, párrafo 91. Esta última decisión matiza su análisis precisando que los cuatro elementos enumerados deben examinarse de manera global. Véase igualmente *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/05/19, laudo sobre competencia de 17 de octubre de 2006, párrafo 77 y *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, caso CIADI N.º ARB/05/07, laudo sobre competencia y recomendación sobre las medidas provisionales de 21 de marzo de 2007, párrafo 99.

no demostró que la transacción realizada contribuyó de manera positiva al desarrollo del Estado receptor.¹⁸⁸

232. Este Tribunal considera, por su parte, que sí existe una definición de inversión de acuerdo al Convenio CIADI y que no basta con señalar la presencia de algunas de las “*características*” habituales de una inversión para satisfacer esta condición objetiva de la competencia del Centro. Una interpretación de este tipo significaría privar de sentido alguno a ciertos términos del artículo 25 del Convenio CIADI, lo cual no sería compatible con la exigencia de interpretar los términos del Convenio confiriéndoles un efecto útil, como recordó pertinentemente el laudo emitido en el caso *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* de 6 de agosto de 2004.¹⁸⁹ Según el Tribunal, dicha definición comprende sólo tres elementos. La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros.
233. En el presente caso, es evidente que se cumplen los tres requisitos que rigen la calificación de inversión: la existencia de un aporte, el hecho de que dicho aporte implica una cierta duración en el tiempo y el hecho de que dicho aporte comporta ciertos riesgos para quien lo efectúa.

¹⁸⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, caso CIADI N.º ARB/05/10, Laudo de 17 de mayo de 2007, párrafo 125 y 139. Véase igualmente *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, caso CIADI N.º ARB/99/7, decisión sobre la solicitud de anulación de 1 de noviembre de 2006, párrafo 29.

¹⁸⁹ Caso CIADI N.º ARB/03/11, laudo sobre competencia de 6 de agosto de 2004; párrafos 49 y 50, JDI 2005.163, p. 167.

- a) El Sr. Pey Casado aportó capital propio para adquirir las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. También aportó sus conocimientos técnicos como ingeniero y se implicó en la gestión del periódico, asumiendo las funciones de presidente del Consejo de Administración de la sociedad CPP S.A.
- b) El Sr. Pey Casado efectuó su inversión por una duración indeterminada, al menos por varios años. No podría invocarse seriamente el hecho de que los títulos de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. y sus bienes fueron embargados para concluir que el requisito de duración no fue satisfecho en este caso.
- c) Por último, la adquisición y explotación del periódico, aun siendo éste de amplia difusión,¹⁹⁰ era una transacción que presentaba ciertos riesgos dada la especificidad de su sector de actividad y lo incierto del contexto económico-político de la época.

234. Si bien estima que la contribución al desarrollo del Estado receptor no es un requisito, el Tribunal considera, a mayor abundamiento, que en todo caso estaría satisfecho en el caso concreto. La adquisición y la expansión del diario “*El Clarín*”, cuya tirada era, según las personalidades de la época, la más importante del país, contribuyó sin duda alguna al progreso económico, social y cultural del país.

235. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que el requisito de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI se encuentra satisfecho en el presente caso.

B. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI

236. La segunda cuestión controvertida en lo relativo a la competencia del Tribunal de arbitraje y del Centro es la de determinar si el Sr. Pey Casado cumplía o no el requisito de ser nacional de un Estado diferente al Estado demandado, receptor de la inversión.

237. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, se entenderá como “*nacional de otro Estado Contratante*”:

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, el artículo periodístico presentado en el Anexo C-84 y las declaraciones de los Sres. Garcés y Pey Casado durante la audiencia de 5 de mayo de 2003 (transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 24 y p. 134 respectivamente).

“toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;”

238. El momento pertinente para determinar la nacionalidad del Sr. Pey Casado es, pues, la fecha en la que las partes consintieron someter la diferencia a arbitraje, así como la fecha en que fue registrada la solicitud. En este caso, el Sr. Pey Casado consintió al arbitraje del CIADI mediante una declaración escrita en Santiago el 2 de octubre de 1997.¹⁹¹ La solicitud de arbitraje de las Demandantes fue registrada por el CIADI el 20 de abril de 1998.
239. No se cuestiona el hecho de que el Sr. Pey Casado poseyera la nacionalidad de un Estado Contratante diferente de Chile -en este caso, la nacionalidad española- en ambas fechas críticas.¹⁹²
240. La cuestión que provoca controversia es saber si el Sr. Pey Casado era, en una de esas fechas, doble nacional. Una especificidad del Convenio CIADI es que excluye explícitamente, en su artículo 25(2)(a) *in fine*, a *“las personas [naturales] que, en cualquiera de ambas fechas [la del consentimiento y la del registro], también tuviesen la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”*.¹⁹³
241. Conviene precisar que, en este contexto, no parece pertinente *“de lege lata”* saber si una de las dos nacionalidades de la parte demandante era su nacionalidad efectiva o dominante.

¹⁹¹ Consentimiento manifestado a excepción de lo tocante a la diferencia sobre la restitución o indemnización de la rotativa Goss.

¹⁹² Véanse, por ejemplo, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 42 y el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 210 y ss. Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentada como apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 3 a 8.

¹⁹³ Si bien el proyecto preliminar del Convenio CIADI había previsto la regla contraria, la exclusión de los dobles nacionales fue incorporada al artículo 25(2) (a) de manera inequívoca. Tal como se resume en el Informe de los Directores Ejecutivos: *“Puede observarse que bajo la letra (a) del apartado (2) del Artículo 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento”*.

Bastaría con que la Demandada demostrase que la parte demandante poseía la nacionalidad del Estado receptor en los momentos críticos, fuera esta efectiva o no, para excluir la competencia del Centro.¹⁹⁴ En otras palabras, para que se puedan dar por satisfechas los requisitos de la competencia establecidos por el artículo 25 del Convenio CIADI, no bastaría con que la nacionalidad dominante del demandante fuese la de otro Estado diferente al Estado demandado, sino que sería además necesario que éste no poseyera la nacionalidad de dicho Estado demandado. Solamente en el caso de que la nacionalidad del Estado receptor pareciera totalmente artificial o totalmente carente de efectividad podría plantearse la cuestión de la exclusión de dobles nacionales de la jurisdicción del Centro en aplicación del artículo 25 del Convenio CIADI, pero dicha situación no se da en el presente caso.

242. Basándose en estos principios, la Demandada sostiene que toda competencia del CIADI y del presente Tribunal de arbitraje quedaría excluida, dado que, en una de las fechas críticas, el Sr. Pey Casado habría sido doble nacional por poseer, además de la nacionalidad española, la nacionalidad chilena desde el año 1958.
243. Por lo que respecta a los hechos y a fin de evitar repeticiones inútiles, nos limitaremos a hacer referencia a la presentación detallada contenida en la exposición de los hechos del presente laudo. En la decisión de 8 de mayo de 2002 se incluía otro resumen, al menos provisional.¹⁹⁵ No obstante, en aras de la claridad, es conveniente recordar los siguientes datos esenciales:
 244. El Sr. Pey Casado, nacido en España en 1915, emigró a Chile en 1939, año en que la República española fue derrocada por la rebelión franquista, y vivió en dicho país hasta 1973. Aparece inscrito en el Consulado de España de Santiago por primera vez en 1947.
 245. El 24 de mayo de 1958, España y Chile suscribieron un Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad ("*Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad*"), que permitía a los

¹⁹⁴ El Profesor Schreuer señala en este contexto que, durante los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, "suggestions to admit dual nationals if the host State's nationality was not effective or if that host State has not recognized the foreign nationality specifically failed" et que "the ineligibility of an investor who also possesses the host State's nationality applies irrespective of which of the several nationalities is the effective one". Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 271, apartados. 442 y 444. Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 8, 25 y ss.

¹⁹⁵ N.º 50 y ss., véanse también N.º 37 a 39.

nacionales de una de las partes contratantes adquirir la nacionalidad de la otra sin perder por ello su nacionalidad de origen. En virtud de este texto, el Sr. Pey Casado solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena.¹⁹⁶

246. En el preámbulo de este Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad se manifiesta que los españoles y los chilenos forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura e idioma, por lo que los Estados contratantes consideran que:

“[...] no hay ninguna objeción jurídica para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a que está sujeta”.

247. El artículo 1.1 del Convenio prevé:

“Los chilenos nacidos en Chile, y recíprocamente los españoles nacidos en España, podrán adquirir la nacionalidad española o chilena, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad.”

248. El artículo 2 prevé, en particular, que: “Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad chilena conservando su nacionalidad de origen deberán ser inscritos en el Registro de Cartas de Nacionalización chileno.”

249. A partir de dicha inscripción, los chilenos en España y los españoles en Chile gozarán de la plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en el presente acuerdo y en las leyes de ambos países. El artículo 3 precisa que *“el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la ley del país donde se hayan domiciliado [...]”*.

250. El artículo 3.2 excluye a los dobles nacionales de la aplicación simultánea de las legislaciones de los dos Estados y hace prevalecer el derecho del Estado de domicilio. El artículo 4 precisa que el domicilio se presume establecido en el Estado de la segunda nacionalidad adquirida; plantea el principio de la unidad de domicilio, el cual solo puede cambiarse con la residencia habitual en el otro Estado contratante, siempre que dicho cambio se inscriba en el registro que corresponda.

¹⁹⁶ Decreto Supremo N° 8054 de 11 de diciembre de 1958.

251. Fue, por tanto, en 1958 cuando el Sr. Pey Casado se convirtió en doble nacional. Debido a su residencia en Chile, su nacionalidad preponderante devino la chilena y las leyes chilenas le eran aplicables, especialmente en lo relativo a pasaportes, protección diplomática y ejercicio de derechos civiles y políticos.
252. La adquisición por la primera parte demandante, en diciembre de 1958, de la nacionalidad chilena y, por lo tanto, de su condición de doble nacional español y chileno según el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad de 1958, no ha sido controvertida y es indiscutible. El solo aspecto decisivo que restaría por dilucidar en el presente caso es si, en las fechas críticas, había conservado su nacionalidad chilena, como pretende la Demandada en su excepción de incompetencia, o si, como alegan las partes demandantes, había sido privado de ella o había renunciado a la misma de forma válida.
253. Antes de examinar los argumentos de la privación y la renuncia a la nacionalidad chilena, conviene recordar los principios que rigen el derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad de la partes.

1. El derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad

254. Las partes han tratado de manera detallada la cuestión del derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad de las Demandantes. La Demandada alega que sólo el derecho chileno era aplicable, pues la cuestión de la nacionalidad es *“una cuestión que interesa al Estado [...] quien establece, soberanamente, según su propio interés, los modos de adquirirla o perderla [...]”*.¹⁹⁷ Las Demandantes no niegan que las reglas que determinan la nacionalidad son materia de reserva del Estado, pero sostienen, no obstante, que la cuestión está igualmente sujeta a los principios del derecho internacional y que un *“tribunal internacional conserva su poder de apreciación de esta cuestión”*.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 19; Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 36 y 37; Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 217 y ss; Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 7; transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 95, párrafo 11, a p. 97 párrafo 18; pp. 33 y 34 (Sr. Di Rosa). Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, que concluye *“la transmisión de esta [la nacionalidad] es de incumbencia exclusiva de la competencia de cada Estado. En la especie, es exclusivamente el derecho chileno el que determina la existencia o no de la nacionalidad chilena del Sr. Pey Casado.”* (p. 3).

¹⁹⁸ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 95 y 96 y la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 215, párrafos 14 a 15 (Sr.

255. Procede recordar los principios y reglas del derecho internacional concernientes al derecho aplicable a las cuestiones de nacionalidad. En su Opinión sobre los *Decretos tunecinos y marroquíes de nacionalidad* de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁹⁹ consideró que, dado el carácter esencialmente relativo de este problema, que depende de la evolución de las relaciones internacionales, las cuestiones de nacionalidad pertenecían, en principio, a la esfera de reserva del Estado. En 1955, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Nottebohm* declaró que “*compete a Liechtenstein, como a todo Estado soberano, resolver conforme a su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, ya que el derecho internacional deja a cada Estado la facultad de administrar la atribución de su propia nacionalidad*”.²⁰⁰ (traducción no oficial)
256. De acuerdo al Convenio de la Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad, que entró en vigor el 1 de abril de 1937,²⁰¹ corresponde a cada Estado determinar, según su propio derecho, quiénes son sus nacionales (artículo 1) y “*any question as to whether a person possesses the nationality of a particular State, shall be determined in accordance with the law of that State*” (artículo 2)²⁰².
257. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas deliberó detenidamente sobre esta cuestión y su Relator Especial declaró que “*in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State*”.²⁰³

Garcés). Anteriormente, las partes habían sostenido que la nacionalidad del inversionista debía determinarse, en primer lugar, de conformidad con el derecho español. Véanse la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 72 y 73, Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p.12 y la réplica de las partes demandantes al Memorial de contestación de la Demandada de 23 de febrero de 2003, pp. 209 y ss.

¹⁹⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Decretos tunecinos y marroquíes de nacionalidad*, Serie B, opinión consultiva n° 4, 7 de febrero de 1923.

²⁰⁰ 2ª fase – Liechtenstein c. República de Guatemala, sentencia de 6 de abril de 1955, p. 20. La misma resolución precisa que “un Estado no puede pretender que otro Estado reconozca las reglas por él establecidas, salvo si ello responde a la finalidad general de hacer concordar la relación jurídica de la nacionalidad con la vinculación efectiva al Estado que asume la defensa de sus ciudadanos mediante la protección frente a otros Estados” (traducción no oficial) (ídem p. 23).

²⁰¹ Aunque no ratificado por España ni Chile, si bien los representantes de estos dos países manifestaron su acuerdo en el transcurso de las negociaciones.

²⁰² 179 LNTS 89. El artículo 3 del Convenio establece, asimismo, que “a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses”.

²⁰³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A / 2163, 1952, p. 7.

258. En el caso *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia mencionó también la situación de las personas con doble nacionalidad:

“Cuando un Estado ha otorgado su nacionalidad a una persona y otro Estado ha concedido su propia nacionalidad a esta misma persona, ocurre en ocasiones que cada uno de estos Estados, considerando que actúa en el ejercicio de su competencia nacional, se atiene a su propia concepción y se conforma a ésta en sus actos. Cada uno de estos Estados se mantiene dentro de su propio ordenamiento jurídico. Esta situación puede darse en el ámbito internacional y ser examinada por un árbitro internacional...”.²⁰⁴ (traducción no oficial)

259. En la mayoría de los casos, el árbitro internacional no ha tenido que resolver realmente un conflicto de nacionalidades entre los estados interesados, sino determinar si la nacionalidad invocada por el Estado demandante era oponible al Estado demandado:

“El árbitro internacional ha resuelto de la misma manera numerosos casos de doble nacionalidad en los cuales se planteaba la cuestión respecto del ejercicio de la protección. Ha hecho prevalecer la nacionalidad efectiva, aquella que concuerda con la situación de hecho, aquella que se basa en un vínculo fáctico superior entre el interesado y uno de los Estados en relación con el cual la nacionalidad era cuestionada. Los elementos tomados en consideración son diversos y su importancia varía de un caso a otro. El domicilio del interesado es sumamente importante, pero también está la sede de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, etc.”.²⁰⁵ (traducción no oficial)

260. El Tribunal considera, siguiendo las normas establecidas del derecho internacional, que es bajo el derecho chileno que debe examinarse, en el presente caso, si las autoridades chilenas han privado al señor Pey Casado de su nacionalidad chilena, como alega el interesado, o bien, si resulta que ese no fue el caso, si el señor Pey Casado renunció de forma válida a la nacionalidad chilena.

2. El argumento de la privación de la nacionalidad chilena

a) Posición de las partes

261. De acuerdo con el señor Pey Casado, él habría perdido su nacionalidad chilena como consecuencia del golpe de Estado militar del 11 de septiembre de 1973, en el transcurso del

²⁰⁴ *Liechtenstein c. República de Guatemala*, sentencia de 6 de abril de 1955, p. 21.

²⁰⁵ *Ídem*, p. 22.

cual fue asesinado el Presidente Allende. Tras una incursión de los militares en las oficinas del diario “*El Clarín*”, el 14 de septiembre de 1973, el señor Pey Casado, temiendo por su vida, se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago. Las autoridades chilenas le habrían denegado, en una fecha que las partes no han precisado en el procedimiento, la renovación de su pasaporte chileno, el cual había expirado en el mes de diciembre de 1971. Esta denegación del pasaporte o de su renovación, se supone, equivaldría *de facto* a una “*desnaturalización*”, una “*desnacionalización*” o una privación.²⁰⁶

262. No obstante, el 27 de octubre de 1973, las autoridades chilenas otorgaron un salvoconducto al señor Pey Casado, al igual que a otras personas, gracias al cual pudo trasladarse a Venezuela, país en el que estableció su residencia y, donde, el 8 de enero de 1975, obtuvo un pasaporte de urgencia para apátridas, así como una cédula de identidad para extranjeros en tránsito el 28 de enero de 1974.²⁰⁷ En este país se le consideró “*en tránsito*” hasta el 8 de enero de 1975, fecha en la que obtuvo una cédula nacional de identidad venezolana en calidad de residente.
263. En resumen, la tesis del señor Pey Casado es que, en septiembre de 1973 (mes del golpe de Estado militar), perdió la nacionalidad chilena debido al comportamiento de las autoridades militares, las cuales le denegaban los derechos protegidos por el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, se negaban a renovar su pasaporte, le negaban una protección diplomática, lo declaraban “*en rebeldía*”,²⁰⁸ en una palabra, lo privaban de su condición de nacional chileno, al menos *de facto*, por ejemplo, mediante la prohibición de regresar libremente a Chile,²⁰⁹ a pesar que desde dicho período no era más que un nacional

²⁰⁶ Véase la respuesta al Memorial sobre incompetencia presentado por la Demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 59 y ss; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 13; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 100 y ss.; la réplica de las Demandantes al escrito de respuesta de la Demandada de 23 de febrero de 2003, pp. 185 y ss.; el informe del señor Víctor Araya, presentado por las Demandantes en apoyo de su réplica al Memorial de contestación de la Demandada de 23 de febrero de 2003; la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 209 a 215 (Sr. Garcés). De acuerdo con las Demandantes, el derecho internacional también reconocería la existencia de dicha “*desnaturalización*” véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentada por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 59 y 60. Véase igualmente el informe del profesor Fernando M. Mariño, presentado en apoyo de la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la Demandada, de 23 de febrero de 2003.

²⁰⁷ La primera parte demandante mantiene que las autoridades chilenas habrían reiterado dicho salvoconducto cuando el señor Pey Casado subió al avión, dejándolo así sin ningún documento de identificación. Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 209, párrafos 1 a 6 (Sr. Garcés).

²⁰⁸ Anexo C-197.

²⁰⁹ Véase el Anexo C-257.

español.²¹⁰ De hecho, cabe señalar que la copia del pasaporte que obra en el expediente muestra que su validez expiraba el 12 de diciembre de 1971.²¹¹ El señor Pey Casado expuso que había viajado a Portugal y a Suiza en los meses de mayo y octubre de 1972, respectivamente, con el fin de negociar y concluir la compra de la sociedad CPP S.A. que deseaba vender el Sr. Dario Sainte-Marie. No ha quedado totalmente claro qué pasaportes se utilizaron durante estos viajes, no obstante, se ha establecido que el señor Pey Casado se presentó al Consulado o a la Embajada de Venezuela para buscar refugio y abandonó Chile con destino a Venezuela con un pasaporte chileno expirado. En Venezuela, su solicitud para obtener un pasaporte chileno fue rechazada de nuevo y recibió de las autoridades locales un pasaporte especial para apátridas. El 9 de enero de 1974, el Consulado español en Caracas le concedió un visado de tres meses para España, país al que se trasladó el 31 de mayor de 1974.

264. La parte demandada ha sostenido, en apoyo a su objeción a la competencia, que el señor Pey Casado había conservado la nacionalidad chilena en las fechas críticas.²¹² Sostiene que la “*desnaturalización*” no estaba contemplada en el derecho chileno como causa de pérdida de la nacionalidad y que los actos cometidos por la dictadura en el año 1973 no habían entrañado la privación de la nacionalidad de las víctimas.²¹³ De acuerdo con la parte demandada, bajo el derecho chileno, el retiro de la nacionalidad por parte de las autoridades chilenas estaba sujeto al cumplimiento de una serie de formalidades - en

²¹⁰ Las partes demandantes argumentan en particular: “... cómo sostener que la privación unilateralmente impuesta por el Estado de Chile a D. Víctor Pey-Casado, no sólo de todas las prerrogativas inherentes al Convenio bilateral de 24 de mayo de 1958, sino aún más de los derechos humanos más elementales, podría acompañarse del mantenimiento –también unilateralmente– de un componente particular de aquel Convenio, cuando hemos visto, que ha sido violado, pisoteado y anulado en lo que a la persona del inversor español se refiere.”, Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, pp. 25 y 26.

²¹¹ Anexo C-252.

²¹² Véase el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 22 y ss.

²¹³ Según la parte demandada “la dictadura cometió estas atrocidades con un gran número de chilenos y ninguno de ellos perdió su nacionalidad a causa de ello. La dictadura, eso se sabe, cometió crímenes atroces, pero eso no tiene nada que ver con esta causa y menos con la nacionalidad chilena del señor Pey.” Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 22. Véase igualmente el informe experto del profesor Humberto Nogueira Alcalá, presentado en apoyo del alegato en contra de la parte demandada de 3 de febrero de 2003, 29-32; véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 243 y ss.

particular de un “*decreto supremo*”- formalidades que no se cumplieron en el caso del señor Pey Casado.²¹⁴

b) Conclusiones del Tribunal

265. El problema jurídico planteado consiste determinar si el comportamiento de las autoridades chilenas constituyó un retiro o una privación de la nacionalidad.
266. El señor Pey Casado, al igual que otros muchos ciudadanos considerados enemigos del nuevo régimen surgido del golpe de Estado militar, o rebeldes, y denunciados públicamente como tales por dicho régimen, se vio obligado a buscar asilo en el extranjero para proteger su vida y su libertad. Al parecer, el señor Pey Casado, habría incluso sido particularmente amenazado y objeto de las vías de hecho y las medidas de la dictadura militar debido a su eminente posición personal y patrimonial, su influencia y sus vínculos con el Presidente Allende.
267. En su informe de 1985 sobre la preocupante situación de los derechos humanos en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos analiza de manera pormenorizada el derecho a poseer una nacionalidad y no ser privado de ella de forma arbitraria. Según este informe, del artículo 6 de la Constitución chilena de 1925, vigente en 1973,²¹⁵ se desprende que la nacionalidad sólo podría perderse en tres casos: en primer lugar, en caso de nacionalización en un país extranjero; en segundo lugar, en caso de anulación de los documentos de nacionalización (decisión contra la que se puede interponer un recurso ante la Corte Suprema) y, en tercer lugar, en caso de prestar servicios a los enemigos de Chile o sus aliados durante una guerra.²¹⁶

²¹⁴ Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 24-28.

²¹⁵ Como reiteró el profesor Cea durante la audiencia de 15 de enero de 2007, la Constitución de 1925 fue objeto de una modificación en 1980 y de una reforma en 2005. Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 57, párrafos 14-19.

²¹⁶ La Constitución chilena de 1925 fue modificada por el Decreto N.º 175 de 3 de diciembre de 1973 (posterior al golpe de Estado militar). Esta modificación añade un caso de privación de la nacionalidad por el siguiente motivo: “*atentar gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado durante las situaciones de excepción previstas en el artículo 72, número 17 de esta Constitución Política*”. No se ha demostrado que –a pesar del estado de excepción– las autoridades chilenas hayan aplicado efectivamente esta disposición al señor Pey Casado ni que la parte demandante haya sostenido que la compra por parte de este último de las acciones del diario Clarín en Estoril y/o Ginebra haya constituido un “[*atentado grave*] *contra los intereses esenciales del Estado*”. Si hubiese sido así, cosa que no se ha demostrado, habría que

268. El primer caso ha sido modificado, evidentemente, por el Convenio de Doble Nacionalidad hispano chileno, el cual autoriza expresamente a los nacionales chilenos a conservar su nacionalidad al obtener la nacionalidad española. En cuanto a las otras dos hipótesis mencionadas anteriormente, no parece que se hallan producido en el presente caso. No obstante, e incluso si ninguna de las causales de pérdida de nacionalidad contempladas en la Constitución chilena se aplica directamente, cabe preguntarse si las autoridades chilenas habrían privado, mediante sus actos, al señor Pey Casado de su nacionalidad chilena.
269. El Gobierno de Chile facilitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el nombre de las personas privadas de la nacionalidad chilena por parte las autoridades y el nombre del señor Pey Casado no figura en dicha lista. Sin embargo, este hecho, que depende únicamente de la iniciativa y apreciación de estas autoridades (apreciación que se basa sin duda en sus propios intereses en el contexto de sus relaciones con la mencionada Comisión Interamericana) no puede considerarse una prueba decisiva. De acuerdo al derecho chileno, que es en principio aplicable de conformidad con los principios del derecho internacional mencionados más arriba a la cuestión de la nacionalidad chilena del señor Pey Casado y a los elementos que figuran en el expediente, el comportamiento de las autoridades militares chilenas, por arbitrario o chocante que pueda parecer a la primera parte demandante, no permite extraer conclusión alguna respecto a la pérdida de esta nacionalidad o a su mantenimiento. Entre los diversos documentos que obran en el expediente no se encuentra ninguna prueba formal de la supuesta privación de la nacionalidad chilena por medio de un acto de la autoridad.
270. Otra cuestión que se plantea es la de saber si, como pretenden las partes Demandantes,²¹⁷ la expedición de un salvoconducto al señor Pey Casado por parte de las autoridades chilenas puede o debe interpretarse como un reconocimiento formal, aunque implícito, de la pérdida de nacionalidad. La respuesta sólo puede ser negativa, salvo en circunstancias

preguntarse si el Tribunal de arbitraje puede tener en cuenta el Decreto ley N.º 175, suponiendo que éste no haya sido anulado y considerado de efecto nulo por la legislación chilena posterior a la caída del régimen militar. En cualquier caso cabe señalar que el artículo 2 del Decreto ley 175/1973 preveía que todas las pérdidas de nacionalidad debían declararse mediante un decreto supremo motivado. Y un decreto posterior (Nº 355/1974) ofrecía a los interesados la posibilidad (efectiva o teórica) de recurrir a la Corte Suprema para oponerse a una privación de su nacionalidad por decreto.

²¹⁷ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 102-103.

excepcionales, pues la entrega de salvoconductos no está destinada a los apátridas, sino que caracteriza una situación de conflicto.²¹⁸

271. En el Informe de 1974 sobre la situación de los derechos humanos en Chile publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se afirma por una parte que “*the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conduct for Chileans who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons*”. De otra parte, este mismo Informe señala que Venezuela había aceptado un total de 249 personas, chilenas o extranjeras, como refugiadas de Chile.
272. Las Demandantes sostienen, basándose en el anexo C-1,²¹⁹ que de hecho y en contra de lo afirmado por el Gobierno chileno “*varios millares de chilenos han perdido la mayor parte de los derechos inherentes a la nacionalidad [...]*”. El Informe antes citado indica, por ejemplo, que muchos chilenos fueron expulsados por Chile, que sus pasaportes solamente tenían validez para salir una vez de Chile, que no podían renovarlos y que en ocasiones se veían obligados a solicitar un documento de viaje al organismo de las Naciones Unidas para los refugiados.²²⁰ Suponiendo que esta afirmación fuera exacta y demostrada, no parece que constituya en sí prueba de la pérdida jurídica de la nacionalidad propiamente dicha.
273. Sean las que fueren las violaciones y actos arbitrarios cometidos por el Gobierno militar de Chile en 1973, no se ha demostrado que hayan conllevado la privación *de jure* de la nacionalidad chilena del señor Pey Casado.²²¹ En opinión del Tribunal de arbitraje, el

²¹⁸ Así, por ejemplo, el Black's Law Dictionary distingue entre pasaporte y salvoconducto, y define este último como un documento “*conferring permission upon an enemy subject or others to proceed to a particular place for a defined object*”, Black's Law Dictionary (sexta edición, 1990) p. 1336.

²¹⁹ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas a la Asamblea General de 8 de octubre de 1976, apartados 415 a 422.[Anexo C-1]

²²⁰ *Ídem*, apartado 420.

²²¹ En esta fase del análisis cabe añadir que las posiciones o declaraciones de las autoridades de Venezuela relativas al señor Pey Casado, en tanto que apátrida, extranjero de paso (“*transeúnte*”), carecen de especial repercusión en relación con el mantenimiento o pérdida de la nacionalidad chilena. Según la Convención de 1954 sobre el estatuto de los apátridas, “*a person who is not considered as a national by any State under the operations of its law*” carece de nacionalidad. Éste no era el caso del señor Pey Casado, que era sin duda nacional de España y, probablemente, según al menos el examen realizado hasta ahora, nacional chileno en 1973. Por consiguiente, no era apátrida. Además, de los principios del derecho internacional público se desprende que la interpretación efectuada por un país tercero de la situación del señor Pey Casado, en este

Profesor Dupuy ha subrayado acertadamente esta conclusión en su informe experto del mes de febrero de 2003:

*“[...] el hecho de que un Estado no ejerza su protección respecto a uno de sus nacionales no tiene ninguna importancia en cuanto al mantenimiento o negación por parte de ese mismo Estado de la nacionalidad al ciudadano. Sea que decida o no acordársela en aplicación del carácter discrecional de su competencia en este [sic] materia, o sea que no la ejerza en el caso de un ciudadano que goza de doble nacionalidad, su abstención se explica por otras razones que aquella de querer mantener o suprimir la nacionalidad del individuo en cuestión. Esto simplemente no tiene nada que ver; el nexo entre que Chile no ejerza su protección con respecto al señor Pey Casado y la eventual negación de su nacionalidad chilena aparece simplemente desprovista de toda pertinencia jurídica”.*²²²

274. Por lo tanto, el Tribunal de arbitraje constata que la primera parte demandante no fue privada de la nacionalidad chilena por estos actos cometidos en 1973.

3. La nacionalidad del señor Pey Casado durante el período comprendido entre los años 1974 y 1996

275. A todos los efectos y antes de examinar la cuestión de la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, es conveniente investigar si la situación ha sufrido o no cambios desde los años 1973 y 1974 en lo que se refiere a la nacionalidad de la primera parte demandante. Las partes se han referido a este respecto al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad y han debatido su posible aplicación a esta última cuestión.

276. Con arreglo al artículo 4.3 de dicho Convenio “en el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que hubiere tenido en el territorio de una de las altas partes contratantes”. De ello se desprendería que, en virtud de este Convenio, en la época en que se estableció en Venezuela, el señor Pey Casado conservaba su nacionalidad chilena como nacionalidad “primaria”, al mismo tiempo que continuaba siendo nacional español. De conformidad con el artículo 4.2 de este mismo Convenio, un chileno sólo puede cambiar su domicilio si

caso Venezuela, no puede tener consecuencia alguna en relación con una definición de la nacionalidad chilena, cuestión que pertenece a la competencia exclusiva de este Estado.

²²² Informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p 21.

transfiere su residencia habitual a España y se inscribe en el Registro Civil español. Ahora bien, el señor Pey Casado se trasladó a España el 31 de mayo de 1974 y se inscribió en el Registro del Ayuntamiento de Madrid el 4 de junio de 1974, momento en el que recibió un documento de identidad de nacionalidad española.²²³

277. Con arreglo al artículo 10 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, el Registro del estado civil está integrado por los registros municipales, los registros consulares y un registro central.²²⁴ De conformidad con el artículo 18 de esta misma Ley, el Registro Central posee una competencia subsidiaria o residual para inscribir los hechos que no puedan inscribirse en otra parte. En el artículo 64 de esta Ley se prevé que las cuestiones de nacionalidad y domicilio se inscribirán en el registro pertinente. Además, el artículo 1 del Reglamento de Registro Civil español de 1958 establece que los diversos órganos del Registro Civil tienen la obligación de comunicarse entre ellos.²²⁵
278. De lo anterior se desprende que, en contra de la tesis de la parte demandada,²²⁶ la inscripción del señor Pey Casado en el Registro Municipal de Madrid surtió sus efectos, a saber, al menos un cambio válido de su nacionalidad “*primaria*” de acuerdo al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad. Por consiguiente, en el año 1974, en aplicación de dicho Convenio, la nacionalidad “*primaria*” del señor Pey Casado pasó a ser la española, mientras que su nacionalidad “*secundaria*”, de acuerdo al Convenio citado, pasó a ser la nacionalidad chilena.
279. Asimismo se ha alegado que esta inscripción en el Registro Municipal no habría sido de hecho transcrita en el Registro correspondiente y, por consiguiente, no habría sido válida en su momento, defecto que no se subsanó hasta 1996. Dicho argumento carece de relevancia en el presente caso, ya que suponiendo que fuera cierta, esta ausencia de transcripción debería ser considerada una simple omisión por parte de un funcionario español de la formalidad exigida. Además, el artículo 64 de la Ley de 1958 sobre el Registro Civil prevé expresamente que la fecha que debe considerarse como fecha del registro es la fecha de la declaración y no la de la transcripción. Cualquier otra conclusión a

²²³ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 54 y 55.

²²⁴ Anexo C-150.

²²⁵ Ídem

²²⁶ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 23 y 25.

este respecto sólo tendría consecuencias respecto de las circunstancias que permiten definir la nacionalidad “*primaria*” y el derecho aplicable, y no la cuestión que es objeto de examen, a saber si detentaba una nacionalidad como tal.

280. Poco después de estos acontecimientos, el 11 de junio de 1974, el señor Pey Casado obtiene un pasaporte español. Abandona España para regresar a Venezuela y, ese mismo año, se inscribe en el Consulado español de Caracas.²²⁷ El 8 de enero de 1975 recibe una cédula de identidad en calidad de residente en Venezuela. El 10 de abril de 1977 recibe un pasaporte español del Consulado de Caracas (cuya validez expira el 10 de mayo de 1979). A continuación viaja de Venezuela a Perú donde, el 24 de mayo de 1977 se inscribe en el Consulado español de Lima. Este Consulado le entrega dos pasaportes: uno el 25 de junio de 1979 (con fecha de expiración de 24 de junio de 1984) y el otro el 16 de enero de 1984 (con fecha de expiración de 15 de enero de 1989). Regresa a Venezuela en 1988 y el 17 de noviembre de ese año recibe un pasaporte del Consulado español en Caracas (con fecha de expiración de 16 de noviembre de 1993). El 18 de enero de 1989 renueva su documento de identidad español. Por último, tras la caída del régimen del General Pinochet, el señor Pey Casado se traslada a Chile, por primera vez desde 1973, el 4 de mayo de 1989.
281. Las partes plantearon la cuestión de si se habría modificado la nacionalidad del señor Pey Casado en un momento dado entre 1974 y 1989. Y ello debido que el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad prevé de manera precisa las condiciones de un cambio de situación a este respecto. En el presente caso, el señor Pey Casado habría podido cambiar su nacionalidad “*primaria*” mediante la aplicación del artículo 2.2 de dicho Convenio, pero únicamente si trasladaba su domicilio y si se inscribía en el “*Registro de Cartas de Nacionalización*” de Chile. De lo contrario, su nacionalidad “*primaria*” seguiría siendo la misma, aunque hubiera trasladado su domicilio a un tercer Estado no contratante (en este caso, Venezuela o Perú). En el presente caso no se ha alegado que el señor Pey Casado haya trasladado su domicilio de España a Chile. De ello se desprende que, durante todo éste período y hasta 1989, el señor Pey Casado habría seguido teniendo la doble nacionalidad española y chilena, y que su nacionalidad “*primaria*” de acuerdo al Convenio hispano-chileno habría continuado siendo la española desde 1974.

²²⁷ Anexo C-18.

282. Ahora es preciso investigar si se produjo un cambio de nacionalidad después de 1989. Como ya hemos visto, el señor Pey Casado se traslada a Chile el 4 de mayo de 1989, tras la destitución del General Pinochet. Según él se trató de una estadía temporal para informarse sobre la situación de las acciones de la sociedad CPP S.A.²²⁸ En cambio, de acuerdo con la Demandada, el señor Pey Casado habría tenido la intención de retomar la residencia en Chile.²²⁹ A partir de 1989 se producen una serie de hechos o acontecimientos que poseen interés para el examen de la cuestión de la nacionalidad, entre ellos diversas declaraciones del señor Pey Casado respecto de su nacionalidad, así como diversos hechos (más o menos claros y más o menos coherentes) resultantes o simultáneos de su regreso a Chile.
283. El primer ejemplo es la creación de la *Fundación Presidente Allende*, fundación en cuyas actas de constitución al momento de su creación en España, el 16 de enero de 1990, se menciona al señor Pey Casado, uno de sus tres fundadores, como doble nacional español y chileno. Cabe recordar que, posteriormente, en el año 1999,²³⁰ los estatutos de la Fundación fueron modificados a fin de suprimir la mención a su nacionalidad chilena e indicar únicamente la nacionalidad española del señor Pey Casado.²³¹
284. De acuerdo con la parte demandada, el señor Pey Casado se identificó o describió a sí mismo en varias ocasiones, a partir del 2 de octubre de 1991, como de nacionalidad chilena, y solicitó la asistencia de las autoridades chilenas tras su regreso. Así, por ejemplo, el 5 de enero de 1991 solicita y obtiene una cédula de identidad chilena. El 17 de febrero 1992 se inscribe en el Registro de Votantes de Vitacura.²³² El 20 de febrero de 1991, encontrándose aún en Chile, se da cuenta de que ha perdido su pasaporte español y solicita un pasaporte a las autoridades chilenas, las cuales se lo conceden. Con un pasaporte chileno viaja a Venezuela y, según la parte demandada, a Europa en 1997. Entre el 20 de octubre de 1991 y el mes de enero de 1997, el señor Pey Casado se habría presentado en

²²⁸ Respuesta al escrito en apoyo de la incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 69-70.

²²⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 25 y ss.

²³⁰ Anexo 135.

²³¹ Véase a este respecto los documentos siguientes: Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003 y el Anexo C-7 de las Demandantes, los cuales concuerdan en que, en el momento de la creación de la Fundación, el Sr. Pey-Casado ostentaba la doble nacionalidad; véase el Anexo 135 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003 sobre la modificación del estatuto de la Fundación, en el que se describe al Sr. Pey Casado con nacionalidad únicamente española.

²³² Anexo 29 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

varias ocasiones como ciudadano chileno²³³ en particular en sus solicitudes de ayuda para el retorno de emigrados. De este modo, el 25 de mayo de 1992 se presenta en la *Oficina Nacional de Retorno* (que se ocupa de los emigrados chilenos de retorno). Se identifica como chileno, el 1 de agosto de 1992 en un contrato de trabajo celebrado con su hermano, así como en diversas ocasiones en agosto de 1992, mediante su cédula nacional de identidad chilena. En 1993, el señor Pey Casado se inscribe en el Registro Electoral de La Reina (Chile). El 23 de octubre de 1994, viaja a Bolivia con su pasaporte chileno. Habría utilizado el mismo pasaporte el 6 de noviembre de 1994 en un viaje a Bolivia y después a España, el 6 de noviembre de 1994, pasando por los Estados Unidos.²³⁴ El 28 de mayo de 1997, durante su estancia en España, obtiene un pasaporte español en Madrid.

285. En esta fase del análisis, es posible concluir en relación con los hechos anteriormente citados, producidos tras el regreso del señor Pey Casado a Chile después de 1989, que éstos no modificaron la situación jurídica que existía anteriormente, dado que el señor Pey Casado siguió detentando la doble nacionalidad española y chilena hasta 1997.
286. Ahora bien, habría que examinar si, como afirma el señor Pey Casado, renunció de forma válida a su nacionalidad chilena mediante las declaraciones que realizó en 1997, extremo que controvierte el Estado demandado.

4. El argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena

287. Los hechos que, según la primera parte demandante, constituyen una renuncia a la nacionalidad chilena²³⁵ pueden resumirse de la siguiente manera:
288. El 10 de diciembre de 1996, el señor Pey Casado comunica al Departamento de Extranjería y Migración chileno que ha residido en España desde 1974 y que no tiene la intención de prevalerse del Convenio de Doble Nacionalidad hispano-chileno. Solicita que se inscriba en el registro chileno de “*Cartas de Nacionalización*”- única instancia competente en la materia según una sentencia de la Corte Suprema²³⁶- su situación de hecho desde

²³³ Véase el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999 pp. 48 y 49.

²³⁴ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 112.

²³⁵ Véase el resumen presentado por la primera parte demandante durante la audiencia de 15 de enero de 2007, transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p 212 -213 (Sr. Garcés).

²³⁶ Véase el Anexo C-95.

septiembre de 1973 cuando Chile le denegó los beneficios de dicho Convenio, si bien señala que su nacionalidad exclusiva sería la española.²³⁷

289. El 19 de diciembre de 1996, el Ayuntamiento de Madrid confirma que el lugar de residencia del señor Pey Casado está en España. El 7 de enero de 1997, el señor Pey Casado solicita al Registro Civil del Consulado español en Santiago que tome nota de que no goza de los beneficios del Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad y, el 5 de febrero de 1997, el Consulado de España en Santiago suprime el nombre del señor Pey Casado de su registro de ciudadanos españoles residentes en Chile tras comprobar que su domicilio legal se encuentra en España.
290. El 16 de septiembre de 1997, el señor Pey Casado realiza una declaración ante el Consulado de España en Mendoza (Argentina), en la que reitera lo que ya había escrito al Ministerio del Interior de Chile el 10 de enero de 1996. En dicha declaración precisa lo siguiente: *“Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 (...) debe entenderse del modo que mejor en Derecho procede para el fin con el que fue presentada, inclusive como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal (...) a la nacionalidad chilena en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto (...)*”²³⁸ (texto subrayado por nosotros).
291. Unas semanas más tarde, el 2 de octubre de 1997, el señor Pey Casado otorga su consentimiento al arbitraje del CIADI, exceptuando lo relativo al litigio en torno a la rotativa Goss.
292. El 20 de noviembre de 1997, el juez del registro español admite la solicitud del señor Pey Casado para confirmar su residencia en Madrid desde el 4 de junio de 1974. El 24 de abril de 1998, el abogado del señor Pey Casado solicita al Ministerio de Asuntos Exteriores español que verifique el cambio de domicilio del señor Pey Casado en 1974. Copia de esta solicitud fue enviada a las autoridades chilenas a través del Consulado español en Santiago el 10 de julio de 1998. Esta carta fue transmitida el 24 de julio de 1998 al registro chileno,

²³⁷ Anexo C-21; véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 57; la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 13-14.

²³⁸ Véanse los Anexos C-40, C-14 y C-52.

donde un funcionario público inscribe el 4 de agosto de 1998 la renuncia del señor Pey Casado a su nacionalidad chilena y, por consiguiente, su condición de extranjero. Este hecho está demostrado y no ha sido controvertido, pero la validez de la inscripción y la competencia de mencionado funcionario son objeto de controversia.²³⁹

293. A la luz de estos hechos cabe preguntarse si el señor Pey Casado renunció de forma válida a su nacionalidad chilena al inscribirse y fijar su residencia en Madrid desde junio de 1974 (como lo confirmó el juez del registro español), informar de ese hecho el 10 de diciembre de 1996 al Departamento de Extranjería y Migración chileno, y expresar que no tenía la intención de prevalerse del Convenio de Doble Nacionalidad.
294. En lo que respecta al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, éste establece expresamente la posibilidad de que los nacionales de ambos países conserven su nacionalidad de origen. La declaración del señor Pey Casado de su cambio de residencia a España tiene como consecuencia un cambio del derecho que le es aplicable, pero no le priva en absoluto de sus dos nacionalidades. Por otro lado, el Convenio no prevé nada en relación con las consecuencias de que un nacional de uno de los dos Estados declare que no desea acogerse al Convenio. El Convenio contempla varias ventajas específicas para las personas con doble nacionalidad, pero no dice nada de aquellas personas que, tras haber adquirido las dos nacionalidades y beneficiarse de sus ventajas, o de algunas de ellas, no desean prevalerse más de ellas.
295. Por tanto, la única cuestión que queda por determinar es si la declaración y los demás actos del señor Pey Casado equivalen a una renuncia a la nacionalidad chilena. Ahora bien, dado que, como ya se ha visto, todas las cuestiones relativas a esta nacionalidad dependen en principio del derecho chileno, es necesario analizar el derecho chileno en esta materia.
296. El artículo 11 de la Constitución chilena establece lo siguiente en relación con las causas de pérdida de la nacionalidad.

1° Por nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo anterior que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena y de acuerdo con lo establecido en el N.º 4º del mismo artículo.

²³⁹ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 310 (Sr. Di Rosa).

La causa de pérdida de la nacionalidad chilena señalada precedentemente no regirá respecto de los chilenos que, en virtud de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país;

2° Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados;

3° Por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado. En estos procesos, los hechos se apreciarán siempre en conciencia;

4° Por cancelación de la carta de nacionalización, y

5° Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.

297. Así pues, la Constitución chilena no prevé expresamente la renuncia como causa de pérdida de la nacionalidad. Durante el procedimiento, las partes han debatido ampliamente si la enumeración de las causas de pérdida de la nacionalidad que figura en la Constitución de Chile era o no limitativa o exhaustiva, mientras que la parte demandada respondía afirmativamente, la parte demandante sostenía lo contrario.

a) Posición de las partes

298. Las Demandantes han sostenido, a título subsidiario de su posición principal, según la cual el señor Pey Casado habría sido privado de la nacionalidad chilena en 1973, que el señor Pey Casado “había manifestado por escrito ante las Autoridades de Chile su renuncia a la nacionalidad chilena, es decir a los beneficios que el Convenio bilateral de 24 de mayo de 1958 de doble nacionalidad confiere a los ciudadanos españoles en Chile”.²⁴⁰ Según las partes demandantes, esta renuncia a la nacionalidad chilena habría surtido efecto en la fecha de la declaración del señor Pey Casado el 10 de diciembre de 1996.²⁴¹

²⁴⁰ Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, p. 24; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, pp. 126 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 212 y ss. (Sr. Garcés). Véase igualmente el informe del Profesor Fernando M. Mariño, presentada en apoyo de la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003.

²⁴¹ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 57 y 58; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 133 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 214, párrafos 12 y

299. De acuerdo con las Demandantes la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena estaría permitida por la Constitución chilena, si bien ésta no figura expresamente entre las causales de pérdida de la nacionalidad previstas en el artículo 11.²⁴² El Tribunal de arbitraje no debería limitarse a los motivos de pérdida de nacionalidad contemplados en el artículo 11 de la Constitución chilena para pronunciarse sobre la validez de una renuncia a la nacionalidad con arreglo al derecho chileno, sino que debería analizar otras fuentes de derecho chileno, como el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, que prevé, en su artículo 6, determinados actos relativos a la pérdida y la recuperación de la nacionalidad que no se incluyen en la Constitución.²⁴³
300. Además, las Demandantes sostienen que esta solución estaría respaldada por las reglas de derecho internacional, las cuales admitirían la renuncia voluntaria a la nacionalidad.²⁴⁴
301. Las Demandantes se basan asimismo en el caso del señor M. Wilker, árbitro designado inicialmente por Chile en el presente arbitraje, y que (según las declaraciones reiteradas de este Gobierno al CIADI de los días 20 de agosto de 1998 y 21 de octubre de 1998) “*renunció previamente*” a su nacionalidad de origen-chilena- para obtener la nacionalidad mexicana “*de conformidad [con la Constitución política de la República de Chile]*”.²⁴⁵
302. Por su parte, la Demandada ha sostenido permanentemente la imposibilidad o la ilegalidad bajo derecho chileno de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena,²⁴⁶ principalmente en razón de que las causales de pérdida de la nacionalidad chilena previstas

13 (Sr. Garcés). Véase igualmente el informe del señor Víctor Araya presentada por las partes demandantes en apoyo a la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 13 y ss.

²⁴² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 228 y ss. (Sr. Garcés). Las partes demandantes afirman que una interpretación contraria daría lugar a una solución discriminatoria.

²⁴³ Respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada el 18 de septiembre de 1999, pp. 65 y 66; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 218-220 (Sr. Garcés).

²⁴⁴ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 61 y 62; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 13.

²⁴⁵ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 244 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 231 y 232 (Sr. Garcés).

²⁴⁶ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 21 y 36 a 38; Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 39 y 40; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 102 y ss. (Sr. Di Rosa). Véase igualmente el informe experto del profesor Pierre-Marie Dupuy presentado en apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 23 a 26; el informe experto del Profesor Humberto Nogueira Alcalá presentado en apoyo al Memorial de contestación de la parte demandada de -3 de febrero de 2003, pp. 5-10.

en el artículo 11 de la Constitución chilena no incluyen la renuncia voluntaria a la nacionalidad²⁴⁷ y esta disposición debería interpretarse de modo estricto.²⁴⁸

303. En la audiencia de 15 de enero de 2007, el Tribunal de arbitraje escuchó el dictamen del Profesor Cea, Presidente de la Corte Constitucional de Chile, sobre esta cuestión y, en particular, sobre la reciente reforma constitucional realizada en Chile en agosto de 2005, que versaba precisamente sobre la cuestión de la renuncia voluntaria a la nacionalidad.²⁴⁹ Concretamente, el artículo V, letra a) de la Ley 20.050 sustituiría al inciso “I” del artículo 11 de la Constitución, por el siguiente texto:

*“La nacionalidad chilena se pierde en términos imperativos, ineludibles, obligatorios primero, por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente”.*²⁵⁰

304. Según el Profesor Cea, la posibilidad de renunciar a la nacionalidad chilena no existía antes de esta reforma y mediante la Ley 20.050 de la reforma constitucional se introdujo en el ordenamiento jurídico chileno. El Profesor Cea explicó al Tribunal de arbitraje que:

*“La reforma del año 2005 introdujo a la Constitución chilena una nueva causa de pérdida de la nacionalidad que no existía con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. No se hallaba referencia a ninguna de estas causales en la Constitución y menos, comprenderá el Tribunal, en las leyes o en los reglamentos. Cuánto más lejano de estar permitida esa causal se encontraba la posibilidad de que por libre voluntad de los ciudadanos o de los nacionales podría uno desprenderse de la nacionalidad”.*²⁵¹

305. El Profesor Cea precisaba que especialmente el artículo 11 de la Constitución en vigor antes de la reforma de 2005 no podía ser interpretado de forma que admitiera una renuncia

²⁴⁷ Véase el Memorial de incompetencia de la parte demandante de 20 de julio de 1999, p. 29: “Como es posible observar, la renuncia no está considerada dentro las causales de pérdida de la nacionalidad chilena, que contemplan la pérdida de la nacionalidad por nacionalización en país extranjero, en cuyo evento, si la persona involucrada ha renunciado a la nacionalidad chilena, no pierde ésta por tal renuncia, sino por haber obtenido otra nacionalidad”.

²⁴⁸ Durante la audiencia de 15 de enero de 2007, el profesor Cea explicó que “todas las causales de pérdida de la nacionalidad chilena estaban contempladas en el artículo 11 de la Constitución y eran exclusivamente útiles de realzarlo [sic] las cinco siguientes, de manera que era un listado taxativo, cerrado, un listado inexcedible mediante interpretaciones extensivas, analógicas o de otro carácter.” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 56).

²⁴⁹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 53 y ss. (Profesor Cea).

²⁵⁰ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 55.

²⁵¹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 55, párrafo 10. Véase igualmente la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 335 y ss. (Sr. Fernández).

voluntaria a la nacionalidad chilena ya que tenía un carácter “*taxativo, inexcedible, cerrado*”.²⁵²

306. La parte demandada invocó algunas resoluciones de tribunales chilenos, así como la doctrina chilena sobre esta cuestión en apoyo de su conclusión de que la renuncia voluntaria no constituía un motivo de pérdida de la nacionalidad chilena con anterioridad al 2005. En cuanto a la jurisprudencia, la parte demandada hizo referencia en particular a la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de mayo de 2001, confirmada por la Corte Suprema ese mismo año, en la que se rechazaría “*la posibilidad de renunciar pura y simplemente a la nacionalidad*”.²⁵³

b) Conclusiones del Tribunal

307. En opinión del Tribunal de arbitraje, la parte demandante no consiguió demostrar de manera convincente la imposibilidad o la ilegalidad, bajo derecho chileno, de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, en la ausencia de textos precisos y de jurisprudencia pertinente. Así pues, en lo que respecta a las decisiones de los tribunales chilenos aportadas sobre la materia, ninguna de ellas se refiere a una situación idéntica a la del presente litigio, por lo que resulta difícil o incluso imposible encontrar en ellas el fundamento de una u otra de las tesis que se han desarrollado contra la renuncia a la nacionalidad. Esto es lo que sucede especialmente, sin necesidad de entrar en un análisis pormenorizado, con la decisión *Vásquez Valencia* de 31 de octubre de 1989²⁵⁴ o con la decisión *Turbay* de 25 de julio de 1988.²⁵⁵
308. El propio texto del artículo 11 de la Constitución chilena resulta ambiguo en cuanto a esta cuestión y no permite afirmar o postular en absoluto el pretendido carácter limitativo de los casos enumerados de pérdida de la nacionalidad.²⁵⁶ Ahora bien, el Tribunal de arbitraje

²⁵² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 76.

²⁵³ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 24, párrafos 16 y 17 (Profesor Cea) en versión francesa.

²⁵⁴ Anexo C-92.

²⁵⁵ Anexo C-147 – véase igualmente el Anexo C-28.

²⁵⁶ Cabe señalar también a este respecto que, en el ámbito del derecho constitucional comparado, el texto de las constituciones muy a menudo se concibe en términos programáticos o principios generales –que la interpretación posterior y la práctica, con la evolución política, deben completar y precisar– si bien resulta difícil presumir el carácter limitativo o exhaustivo del texto constitucional antes citado.

considera que no existe una justificación para efectuar una interpretación estricta del derecho chileno a fin de prohibir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena en el presente caso.

309. Este resultado se aplica *a fortiori* en caso de doble nacionalidad, ya que la renuncia a una de las nacionalidades no conduce a una situación de apátrida. Bajo el derecho chileno, la renuncia voluntaria no está autorizada ni es válida si conlleva a una situación de apátrida, como lo subrayó con toda claridad el Presidente de la Corte Constitucional, Profesor Cea, ante el Tribunal de arbitraje.²⁵⁷ Si ese no es el caso, la Constitución permite la renuncia voluntaria y no sólo, como es lógico, si la renuncia debe ir seguida de la adquisición de otra nacionalidad, sino también cuando esa otra nacionalidad ya ha sido adquirida, como en el caso de la doble nacionalidad.
310. La parte demandada ha insistido en que una condición esencial de la renuncia voluntaria a la nacionalidad bajo el derecho chileno es que ésta no dé lugar a una situación de apátrida (como en el ejemplo antes mencionado del árbitro Witker, que adquirió la nacionalidad mexicana). Asimismo, en una sentencia chilena citada a menudo en el debate, en el caso *Castillón*, la renuncia estaba vinculada o condicionada a la adquisición de la nacionalidad nicaragüense por parte del interesado.²⁵⁸
311. La *ratio legis*, al igual que la simple coherencia y una lógica elemental imponen esta conclusión. Nada ha sido establecido, ni se ha presentado texto ni resolución alguna, ni se ha formulado argumento alguno capaz de justificar, en opinión del Tribunal de arbitraje, un régimen discriminatorio en materia de renuncia voluntaria: permisivo en caso de adquisición de otra nacionalidad y prohibitivo en caso de que ya se haya adquirido otra nacionalidad, es decir, en caso de doble nacionalidad. Semejante tratamiento diferenciado resultaría especialmente difícil de admitir, presumir o imaginar en el caso de dos Estados

²⁵⁷ En la audiencia de 15 de enero de 2007, el Profesor Cea explicó, en particular, que “una persona pierde su nacionalidad sólo si adquiere simultáneamente otra. Esto es obvio y lógico, salvo las excepciones contempladas en texto expreso por la misma Constitución. En ese año 2002 no existía la renuncia pura y simple a la nacionalidad chilena como causal de pérdida de la misma. Puede ser así, de haber existido esa posibilidad, habría surgido la difícil situación de apartida [sic] o bien se hubiera fomentado recurso a una renuncia que podría haber sido ilegítimamente formulada.” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 63). Véase igualmente la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 462-463 (Sr. Fernández).

²⁵⁸ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 244 (pregunta del Presidente).

unidos por los lazos que subraya su Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad.²⁵⁹ Además, el Tribunal de arbitraje estima que el argumento de la parte demandada según el cual una persona con doble nacionalidad debería adquirir primero una tercera nacionalidad para poder renunciar validamente a la nacionalidad chilena,²⁶⁰ parece poco lógico o convincente.

312. El Tribunal de arbitraje considera que la reforma de la Constitución chilena en 2005 no representa modificación alguna en lo que se refiere a la renuncia voluntaria a la nacionalidad: siempre ha sido posible renunciar a la nacionalidad chilena y el nuevo artículo de la Constitución no hace otra cosa que confirmar y precisar dicha posibilidad. De manera general, el Tribunal de arbitraje coincide con el argumento de las Demandantes, según el cual *“la inclusión de una norma en la Constitución no quiere decir que ésta no existía antes. Al contrario [...]”*.²⁶¹ Como han sostenido las Demandantes,²⁶² la reforma del artículo 11 de la Constitución simplemente añadió una condición para renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, a saber, que la renuncia se notifique ante la autoridad chilena competente.
313. En este contexto, el Tribunal de arbitraje recuerda, asimismo, las disposiciones relativas a la renuncia de una nacionalidad que figuran en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Aunque estas normas no son directamente aplicables al presente caso,²⁶³ cabe, no obstante, subrayar -como lo han hecho las Demandantes durante el procedimiento²⁶⁴- que el artículo 20.3 de dicho Convenio se opone a que un Estado pueda prohibir la renuncia a una nacionalidad al establecer que *“a nadie se privará*

²⁵⁹ El Tribunal de arbitraje no puede admitir el argumento de la parte demandada basado en el Convenio hispano-chileno sobre la doble nacionalidad según el cual *“la doble nacionalidad es un derecho y un privilegio una vez invocada en conformidad con el Convenio. Por su naturaleza de vínculo jurídico y político no es renunciable, pues, una vez ejercido el derecho, ya no solo mira el interés particular de quien lo ha invocado, sino también del Estado que concedió la nacionalidad”*. Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 30.

²⁶⁰ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p.466 y ss. y (Sr. Fernández).

²⁶¹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 233 (Sr. Garcés).

²⁶² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 233 (Sr. Garcés).

²⁶³ Esta Convención fue ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, pero obviamente no se aplica directamente a los nacionales españoles. Véase igualmente el argumento de la parte demandada, Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 40-41.

²⁶⁴ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p.227 (Sr. Garcés).

arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".²⁶⁵ Como manifiestan las Demandantes,²⁶⁶ una norma similar se incluye en el artículo 1 de la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906, que continúa vigente en Chile, el cual dispone que una persona con doble nacionalidad que restablezca su residencia en su país de origen y la mantenga durante más de dos años, abandona la segunda nacionalidad adquirida por naturalización si declara dicho abandono.²⁶⁷

314. Según el Tribunal de arbitraje y a pesar de la opinión contraria de algunos autores chilenos, que interpretan la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en un sentido opuesto, al parecer una de las razones por las que el legislador chileno incluyó expresamente el derecho a cambiar de nacionalidad era armonizar la Constitución chilena con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y otras convenciones internacionales.²⁶⁸
315. En el fondo, la reforma no hace sino confirmar lo que siempre ha sido el espíritu del derecho chileno, incluso antes de la revisión de la Constitución, a saber, seguir la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y permitir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena.
316. La reforma de 2005 del artículo 11 de la Constitución chilena no hace sino añadir la exigencia formal de que, para poder renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, la

²⁶⁵ El Tribunal de arbitraje no puede admitir el argumento de la parte demandada, según el cual el derecho a cambiar de nacionalidad no comprende el derecho a renunciar a la nacionalidad (véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 463 (Sr. Fernández), al menos en los casos en que la renuncia no conduce a que la parte que renuncia quede en condición de apátrida).

²⁶⁶ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada el 18 de septiembre de 1999, pp. 65 y 66; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 238 (Sr. Garcés).

²⁶⁷ Anexo C-27. Este artículo establece que: "Si un ciudadano nativo de cualquiera de los países firmantes de la presente Convención y naturalizado en otro de éstos, renovase su residencia en el país de su origen, sin intención de regresar a aquél en el cual se hubiera naturalizado, se considerará que reasume su ciudadanía originaria y que renuncia a la ciudadanía adquirida por dicha naturalización. [...]"

²⁶⁸ La parte demandante confirmó el impacto que tuvieron estas convenciones internacionales en el marco de la reforma constitucional en Chile, sin por ello mostrarse de acuerdo con la conclusión de que dicha reforma demostraría la validez de una renuncia a la nacionalidad chilena. Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 461 (Sr. Fernández): "[...] también el presidente tuvo a la vista diversos instrumentos internacionales que Chile había suscripto, y se quiso poner al día nuestra Constitución en relación con esos instrumentos dentro de los cuales se encuentra precisamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

parte que renuncia debe presentar esta renuncia ante un funcionario chileno competente, exigencia que no existía anteriormente.²⁶⁹

317. Cabe recordar que el 16 de septiembre de 1997, el señor Pey Casado había presentado en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración de renuncia “*en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal*”. El 4 de agosto de 1998, el señor Pey Casado fue inscrito, por ende, como extranjero en el Registro Civil chileno; un acto oficial que implica el reconocimiento de la renuncia por parte del Estado de Chile.²⁷⁰
318. Sin embargo, no es seguro que un reconocimiento por parte del Estado demandado, por significativo que sea éste, sea indispensable para que sea tomado en consideración por el Tribunal de arbitraje. Éste último debe, sin duda, basarse antes que nada en el derecho público chileno aplicable a la cuestión de la nacionalidad, y es precisamente lo que ha hecho a la vista de los alegatos y pruebas de las partes, para concluir que dicho derecho permitía la renuncia voluntaria, salvo en el en caso de que ésta diera lugar a una condición de apátrida.
319. Independientemente de ello, cabe recordar que, si en derecho internacional, el derecho aplicable a la nacionalidad de un Estado determinado es, en principio, el derecho de dicho Estado, el juez o árbitro internacional está facultado, no obstante, para apreciar su contenido y sus efectos, como se indica, por ejemplo, en el laudo dictado por un tribunal CIADI en el caso *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* de 7 de julio de 2004.²⁷¹ En el laudo *Soufraki*, el Tribunal de arbitraje, llamado a pronunciarse, como en el presente caso, sobre su competencia en cuanto a la nacionalidad de la parte demandante, declaró tras recordar

²⁶⁹ Véase el alegato de las partes demandantes, transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 465 (Sr. Garcés).

²⁷⁰ Al parecer, este reconocimiento formal de la condición de extranjero (no chileno) del señor Pey Casado por parte de un funcionario público (véase el Decreto N.º 597 de 14 de junio de 1984 – Reglamento de extranjería) molestó al Ministerio del Interior Chileno, el cual inició gestiones el 23 de junio de 1999 –es decir, durante el presente procedimiento arbitral– para hacer anular la inscripción alegando que el funcionario del Registro Civil carecía de competencia para proceder a tal inscripción. Al igual que otras gestiones o manipulaciones a las que las partes en el arbitraje creen deber o poder recurrir *pendente lite* para influir sobre el rumbo del procedimiento o sobre el Tribunal de arbitraje (véase, por ejemplo, la Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000, o las tentativas para obtener de Madrid una interpretación favorable y común de un tratado bilateral), tales actos no hacen más que provocar inevitablemente el escepticismo de los árbitros.

²⁷¹ El Comité *ad hoc* que se ocupó de la cuestión rechazó por mayoría una solicitud de anulación de la decisión mediante decisión de 5 de junio de 2007 (véase *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, asunto CIADI N.º ARB/02/7, decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del señor Soufraki, 5 de junio de 2007, párrafo 139).

que, en derecho internacional, la nacionalidad es materia de reserva y que la legislación de cada Estado determina su adquisición o pérdida, lo siguiente:

*“...when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of the international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue”.*²⁷²

320. Esta facultad de apreciación está de acuerdo, asimismo, con el espíritu del Convenio CIADI y de su artículo 25(2)(a). De conformidad con el comentario de Christoph Schreuer, un inversionista que posea doble nacionalidad no puede tener acceso al sistema CIADI a menos que renuncie a la nacionalidad del Estado demandado antes de otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, la validez de esta renuncia se aprecia en principio con arreglo a la legislación nacional de dicho Estado, en el entendido, no obstante, que el derecho nacional en cuestión no es vinculante en todos los casos para un tribunal internacional.²⁷³ En relación con el supuesto de que el Estado receptor desee imponer su nacionalidad al inversionista, el Profesor Schreuer señala:

*“During the Convention’s preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed, subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (History, vol. II, págs. 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the Commission or Tribunal would have to deal appropriately with cases where a host State imposed its nationality upon an investor”.*²⁷⁴ (texto subrayado por nosotros)

²⁷² *Ídem*, párrafo 55.

²⁷³ “[...] an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of effective nationality lacking a genuine link between the State and the individual [...]” Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, párrafo 446. Véase la sentencia antes citada del CIADI, en el asunto Soufraki.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 267 párrafo 430. Las partes demandantes recordaron en este contexto y con toda razón que los redactores del Convenio CIADI habían llegado a la conclusión de que un Tribunal de arbitraje no debía permitir que un Estado imponga su nacionalidad para evadir su obligación de someterse al CIADI. Véase el Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 24, que hace referencia a *History*, vol II, pp. 582,

321. El siguiente pasaje del mismo autor resulta particularmente significativo o pertinente, pues demuestra que los redactores del Convenio del CIADI eran conscientes del riesgo de que un Estado receptor utilice su derecho interno en materia de nacionalidad de modo interesado o abusivo:

*“The host State may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention’s drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre (History, vol. II, page 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal”.*²⁷⁵

322. Así pues, corresponde al Tribunal de arbitraje valorar el contenido y los efectos del derecho chileno sobre la nacionalidad y aplicarlo en el presente caso. Al así hacerlo, el Tribunal debe concluir de lo anterior que una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena es válida cuando la parte que renuncia tiene la doble nacionalidad, renuncia cuya realidad ha sido demostrada por la primera parte demandante.
323. Por las razones antes mencionadas, el Tribunal de arbitraje estima que no está en condición de admitir la excepción de incompetencia basada en el argumento de que la primera parte demandante poseía en la fecha pertinente la nacionalidad chilena.

658, 705, 868, 874, 876-5 y 877. Véase igualmente la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 62 y ss.; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 96. Véanse igualmente las observaciones del Tribunal de arbitraje en su Resolución de 8 de mayo de 2002, pp. 38 y 39. El Tribunal de arbitraje señala la opinión divergente del profesor Dupuy, que en su informe experto escribe: *“Aparece evidente, en efecto, que los trabajos preparatorios se preocupan del escenario en que el Estado anfitrión impusiera su nacionalidad al inversionista extranjero. Los trabajos preparatorios no tratan acerca de la situación observada en el presente caso, que es la inversa, puesto que encontramos allí al nacional del Estado anfitrión de la inversión intentando deshacerse de su nacionalidad con el objeto de acceder a un arbitraje internacional de otro modo inaccesible”*. (Informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 30; véase igualmente el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 286 y 287). En cambio, el Tribunal de arbitraje estima que una prohibición de la renuncia a una nacionalidad (en caso de que dicha renuncia no dé lugar a la condición de apátrida) equivale a la imposición de la nacionalidad por parte del Estado.

²⁷⁵ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, párrafo 447.

C. El requisito del consentimiento

324. Puesto que el consentimiento del Estado al arbitraje estaría dado por el APPI, conviene verificar si se reúnen las condiciones de aplicación del APPI.

325. Las partes han debatido detenidamente los siguientes puntos: el requisito de inversión de acuerdo al APPI, el requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI, la competencia *ratione temporis* de acuerdo al APPI y el ejercicio de la opción irrevocable (*fork in the road*) contenida en el APPI. El Tribunal examinará cada uno de estos puntos.

1. El requisito de inversión de acuerdo al APPI

326. Antes de exponer su análisis y sus conclusiones sobre el requisito de inversión de acuerdo al APPI, el Tribunal expondrá la posición de las partes a este respecto.

a) Posición de las partes

i. *Posición de la parte demandada*

327. La Demandada considera que la transacción efectuada por el señor Pey Casado no satisface ninguna de los requisitos relativos a la inversión establecidas en el APPI y, en particular, en los artículos 1.2 y 2.2 y el preámbulo del Acuerdo, mencionado como medio de interpretación de las disposiciones del Acuerdo.

328. De acuerdo con el Estado demandado, que se basa en este aspecto en el informe del Profesor Dolzer, “para que una inversión esté protegida por el APPI entre Chile y España, el texto del mismo requiere que la inversión cumpla, entre otras cosas, los tres requisitos siguientes: 1) los activos que constituyen la inversión deben haber sido adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión, 2) la inversión debe involucrar una transferencia de capital hacia el Estado receptor de la inversión y 3) la inversión debe calificarse como inversión de un inversionista de una Parte Contratante ‘en el territorio de la otra’”.²⁷⁶

329. El primer requisito que establece el artículo 1.2 del APPI, impondría la conformidad con la legislación especial relativa a inversiones extranjeras, lo que confirmaría el artículo 2.2 del

²⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 154 e informe del Profesor Dolzer, párrafo 41.

APPI, al exigir que la transacción en controversia constituya una “*inversión extranjera*” en virtud de la normativa chilena en vigor en 1972. El segundo requisito supondría la existencia de una transferencia de capitales hacia el interior del Estado receptor procedente del extranjero.²⁷⁷ El acta de las reuniones técnicas que tuvieron lugar entre los representantes de Chile y de España los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998, corroboraría este análisis al indicar “*en el párrafo tercero del preámbulo, la expresión ‘inversiones’ se refiere a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión, esto es, supone un ingreso de activos en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión*”.²⁷⁸ La Demandada añade que esta condición se incorpora a menudo en los APPI en los que Chile es parte y se utiliza frecuentemente como criterio para definir el concepto de inversión extranjera. Por último, el tercer requisito consistiría simplemente en exigir que la inversión sea una inversión extranjera.

330. En vista de que los fondos transferidos por el señor Pey Casado jamás ingresaron a Chile, no podría considerarse como una transferencia de capitales hacia el Estado receptor de la inversión. Además, como no se ha demostrado que los fondos hayan sido transferidos por un inversionista de la otra parte contratante con el fin de comprar las acciones de una sociedad chilena, la supuesta inversión del señor Pey Casado no calificaría de inversión de un inversionista de una de las partes contratantes “*en el territorio de la otra*”.²⁷⁹
331. El argumento de las Demandantes según el cual en Chile no existe una definición del concepto de inversión extranjera sería inexacto. De modo similar sería igualmente erróneo afirmar, como hacen las Demandantes, que la normativa que regía las inversiones extranjeras en Chile en 1972 era facultativa y que, por consiguiente, podían existir inversiones extranjeras no registradas como tales ante las autoridades competentes.
332. Para la Demandada no es suficiente que una inversión pueda calificarse de extranjera “*de una manera o de otra*”. En aplicación de los artículos 1.2 y 2.2 del APPI, en 1972 una inversión extranjera habría debido ser aprobada y registrada como tal de conformidad con la normativa pertinente, en este caso la reglamentación derivada de la Decisión N. ° 24 de

²⁷⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 152 y 153. La parte demandada invoca el preámbulo del APPI, así como los artículos 1.2 y 6 para fundamentar su análisis.

²⁷⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 153.

²⁷⁹ *Ídem*, p. 156.

la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo “*Decisión N.º 24*”), que entró en vigor en Chile mediante los Decretos N.º 482 y N.º 488 de 1971.²⁸⁰ Las inversiones que, como la del señor Pey Casado, no se hubieran efectuado con arreglo a la legislación sobre la aprobación de inversiones extranjeras, vigente en ese momento en Chile, se encontrarían fuera del ámbito de aplicación del APPI.

333. De acuerdo con la Demandada, la Decisión N.º 24 habría entrado en vigor en Chile mediante el Decreto Supremo N.º 482 de 25 de junio de 1971. Si bien la *Contraloría General de la República*²⁸¹ anuló dicho decreto, el Presidente de la República adoptó el decreto de insistencia N.º 488 de 29 de junio de 1971, en virtud de un poder conferido en aquel entonces al Presidente de la República que le permitía hacer caso omiso de la oposición de la *Contraloría*, cosa que las Demandantes no mencionan en su argumentación. En virtud de este segundo decreto, que retoma el contenido del Decreto N.º 482, el 30 de junio de 1971 entró en vigor el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado mediante la Decisión N.º 24. Esta última habría sido aplicable entre el 30 de junio de 1971 y el 13 de julio de 1974 “*al menos*”, fecha en que entró en vigor la nueva normativa impuesta por el Decreto ley N.º 600.
334. La Demandada subraya que la fecha de entrada en vigor de la Decisión N.º 24 por medio de los Decretos N.º 482 y N.º 488 fue confirmada por la prensa chilena y numerosos organismos, como el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio de Impuestos Internos, el Gobierno chileno, la Asamblea del Acuerdo de Cartagena y la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
335. Asimismo, la Decisión N.º 24 habría entrado en vigor en el plano internacional el 13 de julio de 1971, cuando Ecuador notificó al Consejo del Acuerdo de Cartagena la promulgación del decreto de incorporación de la Decisión N.º 24. La afirmación según la cual la Decisión N.º 24 no habría entrado en vigor en el plano internacional hasta el 15 de septiembre de 1973 carecería de fundamento. El hecho de que la Corte Suprema de Colombia haya anulado el decreto de incorporación de la Decisión N.º 24 no cambiaría en

²⁸⁰ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 166.

²⁸¹ La parte demandada define la Contraloría como “*el organismo que, de acuerdo con la Constitución Política, debe velar por la legalidad de los actos de la Administración*” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 166).

absoluto el hecho de que el Estado colombiano había cumplido con las formalidades necesarias para su entrada en vigor el 5 de julio de 1971.

336. El Decreto N.º 258 sobre el estatuto del inversionista no sería aplicable, en contra de lo que pretenden las Demandantes. El artículo 2 del Decreto N.º 482 establecía que “*quedan derogadas las disposiciones de cualquiera naturaleza que sean contrarias o incompatibles con el régimen establecido en el artículo primero del presente decreto*”,²⁸² lo que permitiría concluir que “*todas las inversiones realizadas en 1972 [...] habrían sido regidas principalmente por la Decisión N.º 24 y no por el Decreto N.º 258*”.²⁸³
337. Ahora bien, de acuerdo con la Demandada, la transacción realizada por el señor Pey Casado en 1972 no satisface las condiciones exigidas por la Decisión N.º 24 aplicable en ese momento.
338. La inversión extranjera directa se definía como “*los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras [...]*”,²⁸⁴ el señor Pey Casado no habría podido efectuar nunca una inversión extranjera de acuerdo a la Decisión N.º 24, ya que el interesado era en ese momento nacional chileno.²⁸⁵ El argumento de las Demandantes según el cual la Decisión N.º 24 no definía las inversiones extranjeras quedaría desmentida por el propio texto de su artículo 1.
339. La Demandada deduce igualmente de esta disposición que la Decisión N.º 24 exigía una transferencia de capitales del extranjero al territorio chileno. Puesto que el señor Pey Casado realizó las transferencias de fondos en Europa y en dólares estadounidenses, tampoco se habría cumplido el segundo criterio previsto en la Decisión N.º 24.
340. Por último, la Decisión N.º 24 establece un sistema de autorización previa de la inversión por parte del organismo nacional competente²⁸⁶ y de registro obligatorio ante ese mismo

²⁸² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 173, y el Anexo 9 al informe del señor Santa María.

²⁸³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 172.

²⁸⁴ Artículo 1 de la Decisión N.º 24.

²⁸⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 174 y 175.

²⁸⁶ La demandada señala que el artículo 2 de la Decisión N.º 24 preveía, en particular, que “todo inversionista extranjero que desee invertir en alguno de los países miembros deberá presentar su solicitud ante el organismo nacional competente, el cual, previa evaluación, la autorizará cuando corresponda a las prioridades de desarrollo del país receptor” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 176).

organismo.²⁸⁷ Estas obligaciones estarían relacionadas con el plan de participación nacional contemplado en la Decisión N.º 24 con el fin de lograr “*una participación creciente del capital nacional en las empresas extranjeras existentes o que lleguen a establecerse en el territorio de los países miembros*”.²⁸⁸ La Decisión N.º 24 incluiría igualmente prohibiciones concretas especialmente en lo relativo a la adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales e inversión en determinados sectores de la actividad económica, tales como la prensa, reservados a las empresas nacionales. En opinión de la Demandada, es erróneo el argumento de las Demandantes que considerara el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros como un régimen facultativo, como demostrarían numerosas disposiciones de la Decisión N.º 24.

341. La Demandada resume el conjunto de elementos que debe examinar el Comité de Inversiones Extranjeras (“*organismo nacional competente*” establecido en la Decisión N.º 24) antes de autorizar y registrar una inversión extranjera en los siguientes términos:

*“una vez presentada la solicitud de inversión extranjera, el Comité de Inversiones Extranjeras debía hacer un examen de la misma y determinar si la inversión extranjera propuesta: i) contemplaba las prioridades de desarrollo del país, ii) se pretendía realizar en una actividad que no se considerase adecuadamente atendida por empresas existentes, iii) no consistiera en una adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales, iv) contemplara un régimen de participación nacional progresiva, v) no invadiera sectores de actividad económica que los países miembros hubiesen reservado para las empresas nacionales, públicas o privadas, como, por ejemplo, la propiedad de diarios, revistas, escritos periodísticos, previsto en el artículo 5 de la ley 16.643 sobre Abuso de Publicidad, y vi) no contraviniera las prohibiciones expresas de inversión extranjera previstas en la Decisión N.º 24 (en ciertas industrias y/o sectores, como las empresas de transporte interno, publicidad, radio emisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas, etc.)”.*²⁸⁹

²⁸⁷ La parte demandada cita el artículo 5 de la Decisión N.º 24, en virtud del cual “toda inversión extranjera directa se registrará ante el organismo nacional competente junto con el convenio en que se determinen las condiciones de la autorización. El monto de las inversiones se registrará en moneda libremente convertible” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 176).

²⁸⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 177, y el Anexo C-100 o anexo 16 al informe del señor Sainte Marie. La parte demandada indica que dicho plan debía exponerse en la solicitud de autorización presentada por el inversionista extranjero.

²⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 179-180.

342. De lo expuesto anteriormente, la Demandada concluye que “si el señor Pey Casado hubiese presentado en calidad de extranjero una solicitud para la admisión de una inversión extranjera en Chile, consistente en la adquisición de acciones de la empresa periodística chilena CPP S.A., la misma habría sido rechazada in limine por el Comité de Inversiones Extranjeras”, por contravenir lisa y llanamente los artículos 3, 38 y 43 de la Decisión N° 24.²⁹⁰
343. La parte demandada precisa que el Comité de Inversiones Extranjeras, organismo encargado de aplicar las disposiciones de la Decisión N.º 24, habría sido designado por el Presidente Allende, de manera transitoria, en una carta²⁹¹ remitida a la Junta del Acuerdo de Cartagena.²⁹²
344. Por otro lado, la Demandada sostiene que la regulación cambiaria (Decreto N.º 1272), invocada por las Demandantes, no sería de aplicación a la supuesta transacción realizada por el señor Pey Casado, ya que dicha normativa sólo es aplicable a los ingresos de divisas a Chile.²⁹³ En cualquier caso, si la transacción en controversia hubiera entrañado un ingreso de divisas a Chile, habría sido necesaria una autorización expresa del Comité de

²⁹⁰ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 181.

²⁹¹ Esta carta habría sido conservada por el sucesor de la Asamblea del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General de la Comunidad Andina (véase la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003) y demostraría que en efecto se había designado el organismo nacional competente para aplicar las disposiciones de la Decisión N.º 24).

²⁹² Véase la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 93 y ss. La Demandada rechaza las acusaciones de las Demandantes según las cuales podría haber presentado documentos falsos, y remite a los Anexos 6 y 7 a la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003 para demostrar la autenticidad de los documentos presentados (véase también la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 30 a 31).

²⁹³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 182-184. La Demandada sostiene que los estatutos del Fondo Monetario Internacional carecen de cualquier relación directa con la cuestión de la inversión extranjera, en contra de lo que pretenden las Demandantes (v. *Ibidem*, p. 182). Explica también que, a pesar del carácter optativo de las disposiciones del Decreto N.º 258, “antes de la Decisión N.º 24 un inversor no podía simplemente realizar una inversión extranjera en Chile sin registrarla ya sea de conformidad con el Decreto N.º 258 o con el Decreto N.º 1272” (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 36). En cualquier caso, las Demandantes invocan erróneamente el Decreto N.º 1272, ya que esta normativa no posee un carácter optativo (la Demandada remite al artículo 3 del Decreto ley) y “no trata sobre la inversión extranjera, sino sobre operaciones de cambio internacionales” (la Demandada modificó su argumento a este respecto, ya que en su Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, deducía del artículo 14 del Decreto N.º 1272 que “la transferencia de capitales constituía una exigencia fundamental para que hubiera una inversión extranjera” (p. 88)). En opinión de la Demandada “resulta evidente que la pretendida adquisición de acciones de la sociedad CPP SA no constituía una operación de cambio internacional”. Así pues, el Decreto ley N.º 1272 no sería pertinente en el presente caso. Por último, si el Tribunal concluyese que la Decisión N.º 24 había entrado en vigor en 1972, sería inútil examinar los Decretos ley N.º 258 y 1272, ya que la Decisión N.º 24 excluía cualquier otra normativa en materia de inversiones extranjeras (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 38).

Inversiones Extranjeras conforme al artículo 2 de la Decisión N.º 24. La obligación de obtener la autorización sería independiente de la inscripción en el Banco Central de Chile prevista en el artículo 14 de la Ley de Cambios Internacionales, contrariamente a lo que pretenden las Demandantes. La parte demandada estima, citando a uno de los expertos por ella consultados, que “*a partir de la entrada en vigor en Chile de la Decisión N.º 24, la Ley de Cambios Internacionales (Decreto 1272) pasó a ser inaplicable respecto de los capitales que se ingresaban a Chile con fines de realizar una inversión extranjera*”. Argumenta que “*la Decisión N.º 24 se aplicaba de forma única y exclusiva [a los ingresos de divisas]*” y “*requería una autorización expresa por parte del Comité de Inversiones Extranjeras*”.²⁹⁴ Una transacción realizada sin autorización previa habría sido ilícita y sancionada con una multa. Las Demandantes nunca habrían demostrado que el señor Pey Casado había obtenido la autorización requerida por la normativa en vigor.

345. En resumen, la Demandada considera que las Demandantes se encuentran ante un dilema irresoluble: “por un lado, si en 1972 el señor Pey era un extranjero, no hubiese podido haber realizado la inversión que alega, o por lo menos no hubiese podido hacerlo de conformidad con la legislación vigente en Chile relativa a las inversiones extranjeras, que prohibía tales inversiones en periódicos nacionales (como lo era El Clarín); por el contrario, si era chileno, estaríamos no ante una inversión extranjera, sino (por definición) ante una inversión nacional”.²⁹⁵ Tanto en un caso como en el otro, la inversión del señor Pey Casado no habría podido calificarse de inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena vigente en 1972 y quedará excluida del ámbito de aplicación del APPI.

ii. *Posición de las partes demandantes*

346. De acuerdo con las Demandantes, la transacción efectuada por el señor Pey Casado satisfecería las condiciones contempladas en el APPI y, en particular, en sus artículos 1.2 y 2.2, por lo que debería ser considerada como inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena vigente en 1972.²⁹⁶

²⁹⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 183-184.

²⁹⁵ *Ídem*, p. 186.

²⁹⁶ Véase el Memorial de las partes demandantes de 22 de marzo de 1999, p. 28 y ss., y la réplica a la respuesta de la República de Chile al Memorial de contestación en el que se refuta la declinatoria de competencia, de 7 de febrero de 2000, p. 30 y ss.

347. Las Demandantes sostienen, asimismo, que el APPI no prevé procedimiento alguno de autorización o registro de las inversiones. Su artículo 6 únicamente dispone que cada parte otorgará a la otra la posibilidad de transferir libremente la remuneración recibida por los nacionales de uno de los Estados partes, que hayan obtenido las autorizaciones correspondientes de la otra parte. No contempla ninguna restricción parecida para las transferencias de capitales extranjeros.
348. De conformidad con la normativa del FMI, el concepto de “*transferencia de capitales*” debe entenderse como la exportación del capital invertido hacia el exterior del Estado receptor de la inversión. Las directivas del Banco Mundial utilizan una definición similar. De acuerdo con las Demandantes, los términos “*transferencias de capitales*” utilizados en el APPI entre Chile y España deberían interpretarse en este sentido. El concepto de “*transferencias de capitales*”, que se emplea primero en el preámbulo del acuerdo, se precisa en el artículo 6 relativo a la posibilidad de transferir libremente los ingresos de las inversiones realizadas en el territorio del Estado receptor. La tesis del Estado demandado, consistente en definir la transferencia de capitales, a partir del preámbulo del APPI, como la introducción de capitales al territorio chileno, sería incorrecta. En todo caso, los artículos del APPI deberían prevalecer sobre la formulación menos específica del preámbulo.
349. Las Demandantes subrayan igualmente que, cuando el Estado chileno desea establecer restricciones a las transferencias de capitales, el texto del tratado así lo prevé de forma expresa, como es el caso del APPI entre Chile y Malasia. En el presente caso, el artículo 4 del APPI prevé simplemente que los inversionistas españoles recibirán un trato idéntico al que reciben los chilenos. La obtención del acta de las reuniones técnicas de los meses de septiembre y octubre de 1988 no permitiría a la Demandada imponer *a posteriori* limitaciones a la admisión de capitales extranjeros no contempladas en el APPI, ya que dicha acta carece de valor y, además, el Estado demandado la interpreta de forma incorrecta.
350. Las Demandantes consideran igualmente que la inversión realizada por el señor Pey Casado satisface los requisitos relativos al respeto de la legislación chilena vigente en 1972, previstos en los artículos 1.2 y 2.2 del APPI.
351. Según las Demandantes, en 1972 el derecho chileno no contemplaba una definición de inversión extranjera, lo que permitía una gran libertad a los inversionistas. El carácter

“extranjero” de una inversión dependía “esencialmente del origen de las divisas y del pago en divisas extranjeras”²⁹⁷ y en ningún caso la nacionalidad del inversionista habría sido considerada una condición necesaria para la existencia de una inversión extranjera. Ni el Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960, ni el Decreto Ley N.º 1272 de 7 de septiembre de 1961, invocados por la Demandada, contemplarían una definición de inversión extranjera. Ninguno de estos dos textos introduciría una restricción basada en la nacionalidad del inversionista. El Decreto Ley N.º 600 de 1974, posterior a la inversión del señor Pey Casado, tampoco definiría lo que se entiende por inversión extranjera.²⁹⁸

352. En opinión de las Demandantes, la Demandada buscaría aplicar a la inversión del señor Pey Casado restricciones derivadas de la regulación cambiaria prevista en los Decretos ley N.º 258 y N.º 1272. Ahora bien, dicha interpretación sería incompatible con los estatutos del FMI. Toda vez que el régimen de control de cambios establecido por el FMI no es aplicable a la transacción realizada por el señor Pey Casado y que el objetivo de los Decretos ley N.º 258 y N.º 1272 consiste en organizar el control de cambios y la transferencia de capitales de conformidad con los estatutos del FMI, la Demandada mal podría pretender que la inversión efectuada por el señor Pey Casado habría violado la regulación cambiaria y, en particular, el Decreto Ley N.º 1272 y el Decreto Ley N.º 258.
353. Además, los dos decretos ley establecían regímenes optativos que ofrecían a ciertas categorías de inversionistas la posibilidad de beneficiarse de franquicias en el marco del régimen de control de cambios. Por otro lado, la lectura de los estatutos del FMI indicaría que el concepto de “transferencias de capitales” corresponde a “salidas de capitales” del Estado receptor. Las Demandantes concluyen que los dos decretos ley chilenos tenían por objeto regular la oferta de franquicias relativas al régimen de control de cambios para la transferencia de capitales hacia el exterior de Chile. El texto de estos dos decretos ley señalaría que era facultativo acogerse a sus beneficios, precisamente porque esta

²⁹⁷ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 33. Véase igualmente la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 52. En cambio, sería “importante” que la contrapartida del capital invertido se encuentre en Chile (respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, p. 110).

²⁹⁸ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 111 y 112. Las partes demandantes citan una obra de Roberto Mayorga, que señala que la principal fuente del derecho chileno en materia de inversiones extranjeras es el Decreto ley N.º 600 y que el concepto de inversión extranjera “no está expresamente conceptualizada en la legislación chilena”, a excepción de los APPI suscritos por Chile (Anexo D10).

reglamentación sólo se refería a las solicitudes de otorgamiento de franquicias con vistas a la exportación fuera de Chile del capital invertido en el espacio económico de este país.

354. Con el mismo fin de demostrar el carácter optativo de los regímenes de franquicias establecidos por los dos decretos ley, las Demandantes insisten en sus disposiciones y, en particular, en el artículo 1 del Decreto Ley N.º 258 y el artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272. De acuerdo con el experto consultado por las Demandantes a este respecto “[l]a redacción de este Artículo [14], no mandatorio, deja espacio al inversionista para optar o no a dicha inscripción del capital. Al proceder así el inversionista español no tomó en ese momento posición respecto de las ‘franquicias’ contempladas en el citado Artículo 14 ni en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 258 del 30 de marzo de 1960, instrumento jurídico opcional que buscaba atraer a inversores extranjeros”.²⁹⁹ Las Demandantes sostienen, además, que el señor Pey Casado y el gerente del Banco Central en esa época, señor Jaime Barrios, habrían intercambiado correspondencia en 1972, en la que se indica que la inscripción de la inversión del señor Pey Casado en el Banco Central no era obligatoria.³⁰⁰
355. La parte demandada, cuya argumentación habría cambiado radicalmente en el Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003, reconocería sin embargo el carácter facultativo de la aplicación de los Decretos Ley N.º 258 y N.º 1272, pero insistiría, en cambio, en el hecho de que la inversión del señor Pey Casado no satisface los criterios planteados por la Decisión N.º 24 que debería ser aplicada en este caso. Sin embargo, el argumento de la parte demandada no sería de recibo debido a que las condiciones necesarias para la entrada en vigor y la aplicación de la Decisión N.º 24 no se habían cumplido en el momento en que el señor Pey Casado efectuó su inversión.
356. Así pues, las Demandantes alegan que la aplicación de la Decisión N.º 24 dependía de su incorporación al derecho interno de cada uno de los Estados signatarios. Puesto que

²⁹⁹ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 56, y el informe del señor Alfonso Inostroza Cuevas, Presidente de la Junta y del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile de 5 de noviembre de 1970 al 15 de mayo de 1973, p. 1 (Anexo C-44). Las partes demandantes sostienen que “[e]n el caso del artículo 14 concretamente, las franquicias consistían en tener acceso al mercado oficial de divisas, adquirir las divisas a un tipo de cambio preferencial, y reexportar parte o el total del capital aportado así como los intereses y beneficios que produjeran” (respuesta al escrito en apoyo de la incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 110).

³⁰⁰ Las partes demandantes solicitaron al Estado demandado que presentara dicha correspondencia, pero este último no pudo localizarla (véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 59).

Colombia no adoptó el decreto por el que se incorpora la Decisión N.º 24 en su ordenamiento jurídico interno hasta el 15 de septiembre de 1973, dicha Decisión no podría haberse aplicado antes de esta fecha.

357. Las Demandantes subrayan también que la Decisión N.º 24 se publicó sólo en forma de decreto el 25 de junio de 1971. La legalidad de dicho decreto había sido impugnada en su momento por la *Contraloría*, la cual consideraba que la incorporación de la Decisión N.º 24 al derecho chileno requería de una ley. Sin embargo, el Ejecutivo había desestimado la decisión de la *Contraloría* “*mediante el recurso, legal, pero extraordinario*” del decreto de insistencia.³⁰¹ La lectura del Decreto N.º 746 indicaría, no obstante, que solamente en 1974 se puso término a “*la situación de legalidad dudosa que afectaba al Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, motivo por el cual no era aplicado en lo que se refería a particulares*”.³⁰² Las Demandantes invocan también un acta de una sesión ordinaria de la Comisión del Grupo de Cartagena durante la cual se criticó la fragilidad jurídica del decreto de insistencia por el que se incorporaba la Decisión N.º 24.
358. El preámbulo del Decreto Ley N.º 600 de 11 de julio de 1974, que no menciona el Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, pero que se refiere al Decreto ley N.º 1272 de 1961 y a los compromisos internacionales válidos obligatorios en Chile, demostraría que el Decreto N.º 482 no era aplicable en Chile en aquel entonces y que la Decisión N.º 24 no era de aplicación obligatoria para los particulares. El artículo 13 y el artículo 2 transitorio constituirían una prueba del carácter opcional del estatuto establecido por el Decreto ley N.º 600. El artículo 40 del Decreto Ley N.º 600, por el que se abroga el Decreto N.º 258 de 4 de abril de 1960, demostraría que era éste último el que se encontraba en vigor en 1972 y no el Decreto N.º 482. El Decreto Ley N.º 476 de 6 de noviembre de 1974 sería la primera norma con fuerza de ley en incorporar la Decisión N.º 24 al ordenamiento jurídico interno chileno.
359. En cualquier caso, la doctrina relativa a la Decisión N.º 24 y una serie de documentos oficiales del Grupo de Cartagena indicarían que la Decisión N.º 24 no habría sido aplicada efectivamente con anterioridad a 1974. La no aplicación de la Decisión N.º 24 en Chile

³⁰¹ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 63.

³⁰² Ídem, p.64

quedaría corroborada asimismo por el hecho de que el Estado demandado, representado por el Comité de Inversiones Extranjeras, no presentó ningún documento de esa época que demostrase que la Decisión N.º 24 se había aplicado, cuando dichos documentos deberían encontrarse en los archivos del órgano interesado, a saber, el Comité de Inversiones Extranjeras.³⁰³ La carta que la parte demandada pretende que proviene de Salvador Allende y en que designa el organismo nacional competente a los efectos de la Decisión N.º 24 no sería un documento auténtico y, por lo tanto, no podría constituir prueba convincente de la aplicación de la Decisión N.º 24 en Chile. Las Demandantes insisten especialmente en que la forma de presentación del documento, algunos aspectos de su redacción, así como la falta de prueba de su publicación oficial en Chile y de su consideración por parte de la Junta del Acuerdo de Cartagena lo despojarían de todo carácter probatorio.³⁰⁴ Las Demandantes concluyen que la Decisión N.º 24 no habría sido efectivamente aplicada en Chile con antelación a la expropiación del señor Pey Casado.

360. Incluso si, por circunstancias extraordinarias, las medidas necesarias para la aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 en el marco del ordenamiento jurídico chileno se hubieran adoptado y aplicado, la Decisión N.º 24 no habría sido aplicable a la inversión del señor Pey Casado. En efecto, dicha Decisión introduciría una nueva condición bajo la legislación chilena, al exigir la nacionalidad extranjera del inversionista para que su inversión fuese calificada de inversión extranjera. Sin embargo, la Decisión N.º 24 *“por su propia naturaleza y finalidad, no podía aplicarse en 1972 a la inversión efectuada en Chile por un nacional español en calidad de beneficiario del Convenio sobre Doble Nacionalidad”*.³⁰⁵ Según las partes Demandantes, *“la característica principal de la ‘Decisión N.º 24’ era la de permitir que los inversores privados con nacionalidad chilena (o de algún otro país miembro del Grupo Andino), tomen el control progresivo de la mayoría del capital de una empresa originalmente extranjera”*.³⁰⁶

³⁰³ Véase la transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, pp. 142 a 143 y la transcripción de la audiencia de 7 de mayo de 2003, p. 14 y 15 (Sr. Garcés).

³⁰⁴ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 58 y 59 y la transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, pp. 144 a 145 (Sr. Garcés).

³⁰⁵ Transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, p. 140 (Sr. Garcés).

³⁰⁶ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 65.

361. Por otro lado, las Demandantes sostienen que la Ley sobre abusos de publicidad de 17 de julio de 1967, que limitaba la participación de accionistas extranjeros en las empresas del sector de los medios de comunicación, no podría invocarse contra el señor Pey, ya que las autoridades chilenas le reconocían el beneficio del Convenio de Doble Nacionalidad. En cualquier caso, el incumplimiento de las normas de posesión del capital tan solo habrían acarreado sanciones de carácter puramente administrativo.

362. En relación con estado del derecho chileno en 1972, las Demandantes concluyen que:

“la ley chilena permitía a los chilenos, al igual que a los extranjeros

- invertir en Chile capitales internacionales con libertad prácticamente total, sin distinguir entre inversores nacionales y extranjeros, ni tampoco respecto de los chilenos con residencia en Chile que invierten en capitales internacionales. Las derogaciones a esta libertad eran expresas y excepcionales. Chile no ha aportado la prueba de ninguna derogación aplicable a un inversor español que en 1972 hubiera beneficiado de las ventajas del Convenio de doble nacionalidad;*

- convenir en Chile y/o en el extranjero un contrato de compraventa de acciones de una sociedad situada en Chile, cuya ejecución podía tener lugar en el extranjero y cuya moneda del contrato y del pago podía ser una divisa extranjera;*

- ninguna norma interna prohibía convenir en el extranjero el pago en divisas, igualmente en el extranjero, el precio de venta de las acciones de una sociedad chilena;*

- ninguna norma interna hacía depender la calidad de inversión extranjera del destino que el vendedor hubiera podido dar al precio recibido [...]”³⁰⁷*

363. Las Demandantes añaden que la inversión realizada por el señor Pey Casado sería igualmente compatible con la normativa actual en materia de inversiones extranjeras en Chile. Como ejemplo citan los *American Depositary Receipts*, que permiten adquirir y vender acciones de sociedades chilenas en el mercado bursátil de Nueva York, lo que demostraría, en contra de lo afirmado por la parte demandada, que un inversionista no tiene la obligación de efectuar el pago del precio de su inversión en el territorio del Estado receptor a los efectos del APPI o de la legislación chilena en vigor en 1972.

³⁰⁷ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, pp. 49 y 50.

364. A título subsidiario, las Demandantes invocan la cláusula de nación más favorecida y el APPI entre Bélgica y Chile, el cual no exige que las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor tengan la calidad de inversión extranjera según la legislación de la parte interesada.

b) Conclusiones del Tribunal

365. Antes de exponer el análisis y las conclusiones del Tribunal convendría recordar las disposiciones pertinentes del APPI entre Chile y España.

366. En su segundo párrafo, el artículo 1 del APPI define el término “*inversiones*” de la siguiente manera:

“Por ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

Acciones y otras formas de participación en sociedades.

Créditos, valores y derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados.

Bienes muebles e inmuebles, así como todo tipo de derechos relacionados con los mismos.

Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y ‘know-how’.

Derechos para realizar actividades económicas comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.”

367. En sus dos primeros párrafos, el artículo 2 del APPI establece lo siguiente:

“1. Cada Parte fomentará, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte y admitirá estas inversiones, conforme a sus disposiciones legales.

2. El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará

a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera.”

368. La formulación del artículo 1.2 refleja una concepción amplia del concepto de inversión. El Tribunal observa, en primer lugar, que la adquisición de los títulos de CPP S.A. y EPC Ltda. se encuentra cobijada por la definición de inversión que figura en el artículo 1.2, al tratarse de una inversión en “*acciones y otras formas de participación en sociedades*”. La única condición que establece este artículo es que esta adquisición se realice de conformidad con el derecho del Estado receptor.
369. El artículo 2.2 precisa que las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del APPI no se beneficiarán de la protección de este último, salvo que puedan calificarse de inversiones extranjeras bajo la legislación del Estado receptor. El Tribunal considera que la legislación a la que se refiere el APPI es la legislación chilena vigente en el momento en que se realizó la inversión, es decir, en 1972.
370. Para que el APPI sea aplicable a una transacción efectuada en 1972, es necesario que la transacción en controversia corresponda a la definición de inversión que figura en el artículo 1.2 del APPI, y que sea calificable como inversión extranjera de acuerdo a la legislación chilena aplicable en aquel entonces.
371. Al invocar el preámbulo del APPI, la Demandada sostiene, sin embargo, que la transacción debe implicar una transferencia de capitales procedente del extranjero hacia el interior del territorio chileno.
372. El segundo párrafo del preámbulo está formulado en los siguientes términos:

“Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las partes en el territorio de la otra que impliquen transferencias de capitales [...]”

373. Según la Demandada, la exigencia de transferir capitales procedentes del Estado del inversionista hacia el interior del Estado receptor, que se menciona en el preámbulo del APPI, debería distinguirse de la facultad que tiene el inversionista para sacar del Estado receptor de su inversión los capitales que haya invertido en él, facultad prevista en el

artículo 6 del APPI con el epígrafe “*Transferencia*”.³⁰⁸ Las Demandantes consideran, por el contrario, que el artículo 6 no hace sino explicitar el sentido del término “*transferencia*” utilizado en el preámbulo y que el concepto de transferencia de capitales sólo puede designar una transferencia hacia el exterior del Estado receptor, de conformidad con los estatutos del FMI.³⁰⁹

374. La interpretación del acuerdo que hace la Demandada equivale a imponer un criterio suplementario en la definición del término “*inversiones*” con el preámbulo como único fundamento. Ahora bien, si bien el preámbulo puede esclarecer el sentido de las disposiciones del artículo del Acuerdo, no puede por sí solo establecer una condición suplementaria que no figure en el cuerpo del Acuerdo.
375. En el presente caso, los artículos 1.2 y 2.2 no plantean especiales dificultades de interpretación. El preámbulo, compuesto de tres párrafos breves redactados en términos sumamente generales, refleja esencialmente el deseo de crear condiciones favorables para la inversión entre los dos Estados partes. Resulta evidente que estos tres párrafos no contienen ninguna disposición sustantiva susceptible de crear condiciones suplementarias para el otorgamiento de la protección que ofrece el APPI. Si el Tribunal aceptase la interpretación de la Demandada, consagraría una interpretación particularmente restrictiva del término inversión de acuerdo a los artículos 1.2 y 2.2 del APPI, contraria a la letra y el espíritu del preámbulo. Esta decisión sería evidentemente contraria al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
376. El Tribunal desea precisar que la interpretación de los términos del preámbulo³¹⁰ y del artículo 2.2,³¹¹ que figura en el acta de las reuniones técnicas celebradas los días 29 y 30 de

³⁰⁸ El artículo 6 del APPI establece en su parte pertinente que “cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas de esas inversiones y otros pagos relacionados por las mismas, y en particular, pero no exclusivamente [...]”.

³⁰⁹ Las partes demandantes precisan, no obstante, que el APPI puede “[*cubrir*] otras modalidades de inversión, a fin de crear ‘condiciones favorables’” (Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 73).

³¹⁰ “En el párrafo tercero del preámbulo, la expresión ‘Inversiones’ se refiere a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión, esto es, supone un ingreso de activos en el territorio de la Parte contratante receptora de la inversión. En este sentido y según lo establece dicho preámbulo, el Acuerdo tiene como objeto principal proteger y fomentar las inversiones que impliquen transferencia de capitales” (transcripción de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile (Anexo 15 al Memorial de incompetencia de la Demandada del 20 de julio de 1999)).

septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile, y organizadas a petición de este último, no aportan argumento alguno a favor de la Demandada.

377. En efecto, la iniciativa de la Demandada destinada a organizar un encuentro entre los representantes de los dos Estados partes en el Acuerdo a fin de llegar a un entendimiento sobre la interpretación de algunos de sus términos, tuvo lugar después de la presentación de la Solicitud de arbitraje (3 de noviembre de 1997) y de su registro (20 de abril de 1998). Este acto es incompatible con lo dispuesto en el artículo 10.6 del APPI, que impone a los Estados partes abstenerse “*de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos*”. Resulta evidente que la interpretación del preámbulo y del artículo 1.2 del APPI cae bajo la categoría de “*argumentos concernientes al arbitraje*” tratados después del inicio del procedimiento. Por consiguiente, el Tribunal no tomará en consideración la interpretación que figura en el acta objeto de controversia, sin que ello implique prejuzgar el fundamento de dicha interpretación.
378. El Tribunal señala también que la interpretación de las Demandantes consiste en limitar el alcance de los términos “*transferencias de capitales*”, sin ofrecer una verdadera justificación para ello. En conjunto, el Tribunal no ve en la argumentación de las partes ningún motivo convincente que permita deducir del preámbulo una restricción relacionada con el tipo de transferencia de capitales que podría realizar un inversionista. Tampoco ve motivo alguno para aplicar dicha restricción a las disposiciones sustantivas del Acuerdo y, en particular, a los artículos 1.2 y 2.2.
379. En cambio, resulta claro que los artículos 1.2 y 2.2 del APPI exigen del inversionista que efectúe una inversión que ésta sea conforme a la legislación chilena en vigor en esa época y, en el caso de las inversiones ya existentes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo, que puedan calificarse de inversión extranjera conforme a dicha legislación.

³¹¹ “En el artículo 1.2, la referencia que indica que, por inversiones se designa todos tipo de haberes adquiridos de acuerdo a la legislación del país receptor, significa que es este país el que, conforme a su legislación, define el carácter de la inversión extranjera de una determinada operación. En consecuencia, los únicos haberes que pueden ser considerados como inversión extranjera para los efectos del Acuerdo, y que pueden gozar de la protección del mismo, son aquellos adquiridos en conformidad con la legislación del país receptor de la inversión” (transcripción de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile (Anexo 15 al Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999)).

380. La parte demandada concentra su argumentación en la Decisión N.º 24, la cual afirma que entró en vigor en Chile el 30 de junio de 1971, que era aplicable y se había aplicado efectivamente, y cuyas disposiciones no fueron respetadas por la inversión extranjera que el señor Pey Casado pretende haber efectuado en 1972.
381. Como ha indicado la Demandada, la Decisión N.º 24 tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena, un tratado de integración subregional que Chile firmó el 26 de mayo de 1969 y se publicó en el Diario Oficial chileno el 30 de julio de 1969.³¹² El Acuerdo de Cartagena crea una comisión, que es un órgano superior integrado por representantes de los Estados miembros y dotado de poderes de decisión,³¹³ cuyo papel consistirá en particular en aprobar y presentar “a la consideración de los países miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías” a más tardar el 31 de diciembre de 1970.³¹⁴ Además, “los países miembros se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión”.³¹⁵
382. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, la Comisión aprobó mediante su Decisión N.º 24 de 31 de diciembre de 1970 “el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías”.³¹⁶
383. Las Demandantes desarrollan dos argumentos que, en su opinión, deberían conducir al Tribunal a la conclusión de que la Decisión N.º 24 no entró en vigor.
384. En primer lugar, las Demandantes consideran que no se cumplieron las condiciones contempladas en el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24, ya

³¹² Véase el Decreto N.º 428 de 30 de julio de 1969 (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003). Los otros países signatarios son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El Acuerdo de Cartagena se celebró con el objetivo de aplicar a escala regional el Tratado de Montevideo sobre el mercado común latinoamericano (véase el informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003, p. 10).

³¹³ Véase el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁴ Véase el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁵ Ídem

³¹⁶ Véase la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada durante el Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado del 14 al 31 de diciembre de 1970 (Anexo 10 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

que Colombia sólo incorporó dicha Decisión al derecho interno el 15 de septiembre de 1973, lo que habría impedido que la Decisión N.º 24 entrara en vigor antes de dicha fecha.

385. El Tribunal desea recordar que el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 prevé que “el presente régimen entrará en vigor cuando todos los Países Miembros hayan depositado en la Secretaría de la Junta los instrumentos por los cuales lo pongan en práctica en sus respectivos territorios, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena”.³¹⁷
386. Por su parte, la Demandada presentó un certificado procedente de la Secretaría de la Comunidad Andina, en el que se indica que Colombia aprobó el Decreto N.º 1299 el 30 de junio de 1971, y lo notificó a la Comisión de Cartagena el 5 de julio de 1971. El último instrumento fue depositado por Perú el 13 de julio de 1971.³¹⁸
387. El Tribunal constata que las condiciones contempladas en el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 fueron satisfechas el 13 de julio de 1971, una vez que todos los países miembros habían depositado los instrumentos por los que ponían en práctica dicha Decisión. El hecho de que el instrumento depositado por Colombia haya sido objeto de un recurso con posterioridad a su depósito ante la Secretaría del Consejo del Acuerdo de Cartagena carece de consecuencias respecto de la entrada en vigor de la Decisión N.º 24 en los demás Estados miembros, ya que Colombia se había comprometido con estos últimos al depositar el Decreto N.º 1299 ante el órgano competente del Acuerdo de Cartagena. En cambio, la anulación del Decreto N.º 1299 tiene efectos en el derecho interno colombiano, pues la Decisión N.º 24 quedó sin aplicación hasta que el Gobierno colombiano hizo uso de sus prerrogativas constitucionales para hacer entrar en vigor el régimen común mediante el Decreto N.º 1900 de 15 de septiembre de 1973.³¹⁹
388. En consecuencia, el primer argumento de las Demandantes no puede admitirse.

³¹⁷ Véase el Artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada durante el Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado del 14 al 31 de diciembre de 1970 (Anexo 10 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁸ Véase la carta de la Secretaría de la Comunidad Andina de 26 de abril de 2000 (Anexo 5 a la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003).

³¹⁹ Véase el informe de la Junta del Acuerdo de Cartagena sobre las disposiciones legales adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100).

389. Las Demandantes presentan un segundo argumento que consiste en cuestionar la legalidad del Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, por el que se incorpora la Decisión N.º 24 al derecho chileno.
390. La incorporación de la Decisión N.º 24 al derecho chileno se llevó a cabo mediante dos decretos. El primero de ellos, de fecha 25 de junio de 1971, debía aprobar y hacer entrar en vigor el régimen establecido por la Decisión N.º 24.³²⁰ Ambas partes concuerdan, no obstante, en que este primer decreto fue objeto de críticas por parte de la *Contraloría General* por considerar que la Decisión N.º 24 debía incorporarse en el ordenamiento jurídico chileno mediante una ley y no mediante un decreto.³²¹ Tras un detenido análisis,³²² la Demandada demostró, no obstante, que el Presidente de la República de Chile tenía derecho de insistir en la aprobación del decreto criticado por la *Contraloría General*, si estaba convencido de su legalidad y reunía la firma de todos los Ministros de Estado. El 30 de junio de 1971, el Presidente de la República de Chile aprobó de este modo un decreto de insistencia (o de reiteración), con la firma de todos los ministros del Estado, a fin de incorporar la Decisión N.º 24 al derecho chileno.³²³
391. Por ello, el Tribunal considera que el Presidente de la República actuó de conformidad con los poderes que le habían sido conferidos en aquel entonces y que la Decisión N.º 24 pudo finalmente entrar en vigor mediante el Decreto de insistencia de 30 de junio de 1971. Las

³²⁰ Véase el Decreto Supremo de 25 de junio de 1971 (Anexo 9 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

³²¹ Véase la orden de devolución de la Contraloría General de 28 de junio de 1971 (Anexo 7 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)). La *Contraloría General* es un órgano autónomo que controla, dentro de la Administración del Estado, la constitucionalidad y la legalidad de los decretos supremos (véase el artículo 1 de la Ley N.º 10.336, Anexo 12 al informe del Profesor Santa-María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la constitución de 1925 : el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

³²² Véase, en particular, el informe del Profesor Santa-María sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) presentada por la parte demandada.

³²³ Véase el Decreto de insistencia de 30 de junio de 1971 (Anexo 7 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

Demandantes han reconocido, además, que el Poder Ejecutivo había recurrido al “*recurso, legal, pero extraordinario, del ‘Decreto de insistencia’*”.³²⁴

392. En la hipótesis de que la Decisión N.º 24 hubiera entrado en vigor, las Demandantes alegan, sin embargo que la “*aplicación en la práctica*” de dicha Decisión exigía la adopción de una serie de medidas que no fueron adoptadas y que, por consiguiente, la Decisión N.º 24 nunca se aplicó efectivamente.
393. Las Demandantes insisten, en particular, en que el Estado chileno no designó el organismo nacional competente encargado de aplicar los principales aspectos de la Decisión N.º 24. Ponen en duda la autenticidad de un documento aportado por la Demandada que demostraría que Chile había designado al Comité de Inversiones Extranjeras para llevar a cabo las funciones correspondientes al organismo nacional competente.
394. El Tribunal desea recordar que el artículo D de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 establece que “dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, cada País Miembro designará al organismo u organismos competentes para la autorización, registro y control de la inversión extranjera y de la transferencia de tecnología e informará a los otros países miembros y a la Junta sobre esa designación”.
395. La Demandada produjo copia de una carta del Presidente Salvador Allende y de su Ministro de Relaciones Exteriores, dirigida a los miembros del Comité de Inversiones Extranjeras, informando a estos últimos que el Comité asumiría provisionalmente la función de organismo nacional competente de acuerdo a la Decisión N.º 24, “*encargado de la autorización registro y control de la inversión extranjera directa, incluyendo las ya existentes, mientras no se designe un organismo diferente para el cumplimiento de dichas funciones*”. La carta indica igualmente que “*deberán registrarse en dicho Organismo todos los contratos sobre importación de tecnología y sobre licencias para la explotación de marcas o patentes de origen extranjero incluso los ya celebrados*”.³²⁵
396. Esta carta lleva la fecha del 8 de septiembre de 1972 en la primera página y la del 13 de enero de 1972 en la segunda. No menciona, al menos no expresamente, el plazo de tres

³²⁴ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 63.

³²⁵ Carta del Presidente Salvador Allende y de su Ministro de Relaciones Exteriores a los miembros del Comité de Inversiones Extranjeras de 13 de enero y 8 de septiembre de 1972 (Anexo 17A al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

meses contemplado en el artículo D de las disposiciones transitorias, plazo que, en todo caso, ya habría expirado independientemente de cual sea la fecha de las que figuran en la carta del Presidente Allende que se tome en cuenta. Tampoco indica la fecha en que el Comité de Inversiones Extranjeras debería asumir sus nuevas funciones, ya que la carta está redactada simplemente en tiempo futuro.

397. Sin necesidad de pronunciarse sobre la autenticidad de este documento, el Tribunal constata que se trata de una nota informativa que requiere no sólo ciertas precisiones, como la fecha de inicio de las funciones del Comité o la articulación de las relaciones de éste con otros organismos,³²⁶ sino también una confirmación oficial. En efecto, como señalan las Demandantes, el Comité de Inversiones Extranjeras tendría la misión de aplicar un conjunto de normas fijadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, órgano creado en virtud de un acuerdo de integración internacional. Resultaría cuanto menos sorprendente que la designación del Comité no fuese objeto de una publicación en el Diario Oficial chileno, aunque tan sólo fuera para informar a los inversionistas interesados.
398. Suponiendo de todas formas que esta carta haya sido suficiente para que la designación surtiera efecto durante 1972, la multiplicidad de tareas confiadas al Comité de Inversiones Extranjeras, en la que insiste la Demandada, prometía una intensa actividad. Ahora bien, como subrayan las Demandantes, el Estado demandado no ha aportado documento alguno que de fe de la materialización de las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras. La Demandada no ha suministrado ningún ejemplar de autorización³²⁷ o de registro³²⁸ solicitados u otorgados en aplicación de la Decisión N.º 24, elementos cuya importancia, no obstante, no ha dejado de destacar. Tampoco ha presentado documento alguno que se derive de la aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 procedente de los organismos que debían trabajar en estrecha colaboración con el Comité de Inversiones Extranjeras. Por último, la Demandada no ha aportado ninguna de las “*providencias*” exigidas en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena para la aplicación en la práctica de la Decisión N.º

³²⁶ Así pues, la carta indica que “el Comité deberá actuar para los efectos antes señalados, , en estrecha coordinación con las otras dependencias de la Corporación de Fomento de la Producción y con el Banco Central de Chile , y además, de manera muy especial en relación a la Secretaría Ejecutiva para los Asuntos de la ALALC, Comité Asesor de Créditos Externos, Comisión Revisora de Contratos de Royalties del Banco Central, Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica y Oficina de Planificación Nacional”

³²⁷ Véase el artículo 3 y el Anexo 1 a la Decisión N.º 24.

³²⁸ Véase el artículo 5 y el Anexo 1 a la Decisión N.º 24.

24, diferente del Decreto de entrada en vigor en Chile, y tampoco ha demostrado la existencia de dichas providencias.

399. Las partes Demandantes invocan ciertos trabajos de la doctrina que permiten concluir que la Decisión N.º 24 no se aplicó en Chile. El señor Stephen Lau señala en una obra publicada en 1972 que “[t]he legal force of the Decision 24 in the individual nations is yet unclear”.³²⁹ El señor Peter Schliesser y la señora Sylvie Volnay observan por su parte que “de hecho y hasta ahora, únicamente el Perú se ha atenido fielmente al Código”.³³⁰ En cuanto a Chile, Bolivia y el Ecuador, y a pesar que el Código esté vigente en estos países, éstos no habían adoptado en mayo de 1972 las últimas decisiones necesarias para que pudieran aplicarse las medidas previstas por el Código”.³³¹ El señor Michel Carraud alude a “las primeras aplicaciones” de la Decisión N.º 24 por parte de los países andinos, seguidas por el “brutal cambio de dirección [que] tuvo lugar durante 1974” con la llegada al poder de la Junta Militar en Chile.³³²
400. Un informe de la Junta del Acuerdo de Cartagena de 8 de septiembre de 1974 confirma la falta de aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 en los países andinos, con la excepción del Perú.³³³ Este documento muestra también que, hasta 1974, Chile, al igual que otros países, no había adoptado medidas para la aplicación de la Decisión N.º 24, aparte del decreto de entrada en vigor (a saber, el Decreto Supremo N.º 482). Los representantes de la Delegación chilena, que en aquel entonces defendían la adopción de un nuevo decreto sobre el estatuto de la inversión extranjera³³⁴ criticado en este informe por sus divergencias respecto a la Decisión N.º 24, ofrecieron explicaciones sobre la falta de aplicación de la Decisión N.º 24. Al entrar en vigor esta última mediante un decreto de insistencia y no mediante una ley, podía ser objeto de un recurso ante los tribunales por parte de las

³²⁹ V. Stephen Lau, *The Chilean Response to Foreign Investment*, 1972, p. 27 (Anexo C-116).

³³⁰ El “Código” se refiere a la Decisión N.º 24.

³³¹ Peter Schliesser y Sylvie Volnay, Régime des investissements étrangers à l’intérieur du Marché commun andin, JDI, 1972.558, en particular, p. 561 (traducción no oficial de la cita).

³³² Véase Michel Carraud, *Nature et portée de l’Accord de Carthagène d’intégration sous-régionale andine*, Notes et études documentaires, 21 de octubre de 1977, nº4421 – 4422 – 4423, p. 53, en particular, p. 64 (traducción no oficial de la cita).

³³³ Véase el informe de la Junta sobre las disposiciones jurídicas adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100, presentado también por la parte demandada en el Anexo 14 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³³⁴ Véase el Decreto N.º 600 de 13 de julio de 1974 (Anexo C-104).

personas afectadas. El informe precisa que el riesgo de multiplicación de los recursos admitidos hacía temer un cuestionamiento generalizado de la Decisión N.º 24.³³⁵ Así pues, este temor contribuyó a que no se aplicara efectivamente la Decisión N.º 24 y sirvió de explicación a la ausencia de referencia expresa a la Decisión N.º 24 en el Decreto N.º 600 de 13 de julio de 1974.³³⁶

401. El Tribunal concluye que, aunque los Decretos N.º 482 y 488 hicieron entrar en vigor en Chile la Decisión N.º 24, ésta no fue objeto de una aplicación efectiva, por no haberse adoptado las medidas necesarias al respecto, a causa de los riesgos que ello suponía. Por lo tanto, es inútil entrar a analizar en detalle las disposiciones sustantivas de la Decisión N.º 24 relativa a las inversiones extranjeras.
402. Al no haberse aplicado de manera efectiva en Chile la Decisión N.º 24, cabe examinar la reglamentación que esta vendría a sustituir. El artículo 2 de las disposiciones transitorias del Decreto Supremo N.º 482 preveía, en efecto, que *“quedan derogadas las disposiciones de cualquiera naturaleza que sean contrarias o incompatibles con el régimen establecido en el artículo primero del presente decreto”*.³³⁷

³³⁵ El informe indica que “el Delegado del Gobierno de Chile expresó que el mecanismo mediante el cual se puso en vigencia la Decisión N.º 24 en dicho país ‘permitiría a particulares interesados recurrir a nuestros tribunales superiores de justicia para sostener la ilegalidad de la Decisión N.º 24 y obtener un fallo que declare nula su aplicación en Chile en aquellas materias que modifiquen la legislación interna. Esta medida-agregó- surtiría efectos en los casos particulares en que se interpusiern [sic] este recurso puesto que los fallos de la Corte Suprema no tienen efectos de carácter general’.

Si bien es verdad que dentro del sistema chileno los fallos de la Corte Suprema de Justicia que declaren probada la excepción de inconstitucionalidad no tienen efectos *erga omnes*, como las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte de Justicia de Colombia, no lo es menos que una vez declarada dicha excepción con respecto a la Decisión 24 en un caso particular, se abriría el camino para que tal resolución se convirtiera en doctrina y comenzara a aplicarse en forma general” (informe de la Junta sobre las disposiciones jurídicas adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100)).

³³⁶ Los desacuerdos entre Chile y los demás países miembros sobre la aplicación de la Decisión N.º 24 alcanzaron tal magnitud que Chile se retiró del Acuerdo de Cartagena a partir del 30 de octubre de 1976 (véase el acta final del XV período de sesiones ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, celebrado del 10 al 14 y del 19 al 20 de septiembre de 1974 (Anexo C-101) y el acta final del XX período de sesiones ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena celebrado los días 4 de octubre y 30 de octubre de 1976 (Anexo C-102)).

³³⁷ Artículo 2 de las disposiciones transitorias del Decreto Supremo N.º 482 de 25 de junio de 1971 (Anexo 9 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003). El Servicio de Impuestos Internos ha llegado a la siguiente conclusión: *“El régimen de inversión de capitales extranjeros se rige en Chile por las normas del D. S. N.º 482 de 1971 [la Decisión N.º 24]; sin perjuicio de mantenerse vigente el D. F. L. [Decreto con Fuerza de Ley] N.º 258 de 1960 en todo aquello que no fuere contrario o incompatible con aquél”* [véase la Circular N.º 161 de la Dirección de Impuestos Internos de Chile, de fecha 22 de diciembre de 1972 (adjunta en Anexo 15 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero)].

403. Las partes han debatido ampliamente el sentido y el alcance del Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960 relativo al estatuto del inversionista y del Decreto Ley N.º 1272 de 7 de septiembre de 1961, la denominado Ley de Cambios Internacionales.
404. El análisis de los escritos permite constatar que las partes coinciden, en definitiva, sobre el hecho de que el Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960 es de aplicación facultativa. El Profesor Santa María, consultado por la Demandada, explica en su Informe del 3 de febrero de 2003 que *“la normativa del Decreto era facultativa puesto que sólo los inversores que deseaban recibir las franquicias dispuestas por el decreto tenían como requisito registrar sus inversiones y obtener la aprobación del Presidente de la República”*.³³⁸
405. De hecho, así lo indican las disposiciones de los artículos 1³³⁹ y 4³⁴⁰ del Decreto Ley n.º 258, que no establece, por demás, una verdadera definición de *“inversión extranjera”*. Por lo tanto, el Sr. Pey Casado no tenía ninguna obligación de someterse a las disposiciones de dicho Decreto Ley si su intención no era solicitar el beneficio de las franquicias previstas en el mismo.
406. Las partes se centran también en diferentes aspectos del Decreto Ley N.º 1272. La Demandada, basándose en los artículos 14, 15 y 16 de dicho Decreto, concluye que el mismo no es aplicable a la transacción realizada por las Demandantes. De acuerdo con la Demandada, *“se podía invocar dicha norma si se introducían divisas en el país, ya que éstas debían convertirse en pesos chilenos en un banco o en algún organismo chileno avalado por una ley específica. En esencia, dicha ley autorizaba a aquellos que la invocaban a repatriar el capital y los beneficios. [...] Hay que precisar que las disposiciones del Decreto no eran aplicables a las transacciones que no implicaran una entrada de divisas en el país”*. Las partes demandantes deducen del artículo 14 que el

³³⁸ Informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003, p. 9.

³³⁹ De conformidad con el artículo 1, “[las] personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, impulsar, ampliar, mejorar o renovar actividades productoras, agrícolas, mineras, pesqueras e industriales, o bien otras actividades que sean calificadas de interés para la economía nacional por decreto del Presidente de la República, y que deseen acogerse a las franquicias que se establecen en el presente decreto con fuerza de ley, se regirán por las siguientes disposiciones” (artículo 1 del Decreto-Ley n.º 258 (Anexo C-111)).

³⁴⁰ El artículo 4 establecía “Es facultad exclusiva del Presidente de la República aceptar o rechazar los aportes de nuevos capitales provenientes del exterior que deseen acogerse al presente DFL, y otorgar o negar, en todo o parte, las franquicias que en él se contemplan, en conformidad con las disposiciones del presente DFL.” (artículo 4 del Decreto Ley N.º 258 (Anexo C-111)).

Decreto establece un régimen opcional y que los inversionistas tienen la posibilidad de inscribirse en el Banco Central si desean tener la posibilidad de vender libremente las divisas introducidas en Chile.

407. El artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272 establecía que:

*“[l]as personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras y que se inscriban en el Banco Central de Chile podrán vender libremente dichas divisas con la limitación indicada en el artículo anterior. Para estos efectos el Banco Central les otorgará un certificado de inscripción nominativo e intransferible. Las personas que se hayan acogido a esta excepción podrán reexportar libremente, en forma total o parcial, dichos capitales, previa devolución del respectivo certificado de inscripción o de anotación de la remesa parcial en su caso. Así mismo, de acuerdo con las condiciones anteriores y dentro de los límites legales, el Banco Central de Chile autorizará las remesas correspondientes a los intereses y los beneficios que produzcan dichos capitales”.*³⁴¹

408. Si bien es cierto que el artículo 14 ofrece la posibilidad de beneficiarse de las franquicias si se cumplen determinadas condiciones, también lo es que, para ser aplicable, dicho artículo exige como condición la introducción de divisas extranjeras en Chile. Tal y como indica la Demandada, dicho Decreto no concierne directamente a las inversiones extranjeras ni establece una definición general aplicable en el derecho chileno. En cualquier caso, dicho texto no es aplicable a la inversión del Sr. Pey Casado, puesto que éste no ha realizado ninguna transferencia de divisas extranjeras hacia Chile.

409. Por último, cabe analizar los argumentos de las partes en relación con la Ley N.º 16.643 de 17 de julio de 1967 relativa al abuso de publicidad.³⁴² La Demandada invoca el artículo 5 de la Ley N.º 16.643, según el cual *“el propietario de todo diario, revista o escrito periódico cuya dirección editorial se encuentre en Chile, o agencia noticiosa nacional, y el concesionario de toda radiodifusora o estación de televisión, deberán ser chilenos”*. Invoca también el artículo 6, según el cual *“no podrá iniciarse la publicación de ningún diario, revista, escrito periódico o transmisión de estaciones de radio o televisión que no*

³⁴¹ Artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272 (Anexo 5 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003).

³⁴² Véase la Ley N.º 16.643 de 17 de julio de 1967 sobre el abuso de publicidad (Anexo 21 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003).

*cumpla con los requisitos del artículo 5 [...]”.*³⁴³ Sobre la base de dichas disposiciones, la Demandada alega que las Demandantes se hallaban necesariamente ante un dilema: respetar las disposiciones de la Ley N.º 16.643 sin cumplir el requisito de la nacionalidad extranjera que exigen los artículos 1 y 2 de la Decisión N.º 24, o bien cumplir dicho criterio, pero infringiendo las disposiciones de la Ley N.º 16.643.

410. El Tribunal ha concluido que, en realidad, la Decisión N.º 24 nunca se aplicó efectivamente en Chile. Por lo tanto, el dilema descrito por la Demandada nunca se planteó realmente. En 1972, cuando el Sr. Pey Casado realizó su inversión, poseía la doble nacionalidad hispano-chilena. Residente en Chile desde 1947, el Sr. Pey Casado se beneficiaba del Convenio de Doble Nacionalidad desde 1958. Dado que la Ley N.º 16.643 no contiene ninguna disposición específica relativa a las personas con doble nacionalidad, la situación del Sr. Pey Casado era perfectamente compatible con las disposiciones de dicho texto.
411. A la vista de lo precedente, el Tribunal concluye que no existía, en el derecho chileno vigente en 1972, una definición establecida del concepto de inversión extranjera, y que la transacción realizada por el Sr. Pey Casado se realizó de conformidad con el derecho chileno aplicable a la misma. En consecuencia, el Tribunal considera que la inversión del Sr. Pey Casado, la compra de acciones de una sociedad chilena perteneciente al sector de la prensa por medio de pagos en divisas extranjeras realizados en cuentas bancarias en Europa, cumple las condiciones impuestas por el APPI, en concreto por sus artículos 1.2 y 2.2.

2. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI

412. Para acogerse a la protección del APPI, la primera parte demandante debe cumplir los requisitos relativos a la nacionalidad previstos en dicho acuerdo.
413. El APPI define en su artículo 1 el término “inversionistas o inversores” que están protegidos por las garantías del APPI como:

“... las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras

³⁴³ Véase el informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003, p. 27.

organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras”.

414. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI se diferencia del de la nacionalidad de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, contrario de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio, el APPI no establece cuál es el momento de apreciación de la nacionalidad de la parte solicitante. En opinión del Tribunal, el requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI debe establecerse en la fecha en que el inversionista otorga su consentimiento al arbitraje. La oferta de arbitrar contenida en el tratado debe existir realmente, lo que implica que deben cumplirse los requisitos de aplicación del tratado en la fecha del consentimiento del inversionista para que éste pueda perfeccionar el convenio de arbitraje derivado de la oferta general de arbitraje establecida en el tratado. Por otro lado, deben cumplirse también los requisitos requeridos para que se aplique el tratado, entre ellos el requisito relativo a la nacionalidad, a la fecha de la supuesta violación o las supuestas violaciones, salvo que el tratado indique otra cosa. De lo contrario, el inversionista no podría alegar una violación del mismo ante el Tribunal de arbitraje que se haya constituido en aplicación del tratado.
415. En segundo lugar, el tratamiento bajo el APPI de los dobles nacionales es diferente del previsto en el Convenio CIADI en cuanto a su ámbito de aplicación y a su contenido. Para cumplir la condición de la nacionalidad de acuerdo al APPI, basta con que la parte demandante demuestre que tiene la nacionalidad del otro Estado contratante. A diferencia de lo que sostiene la Demandada,³⁴⁴ el hecho de que la Demandante posea doble nacionalidad, que comprende la nacionalidad de la Demandada, no la excluye del ámbito de aplicación del APPI. En opinión del Tribunal de arbitraje, en este contexto no existe la condición de nacionalidad “*efectiva y dominante*” de los dobles nacionales. Un doble nacional no queda excluido del campo de aplicación del APPI aunque su nacionalidad “*efectiva y dominante*” sea la del Estado en el que se realiza la inversión (contrariamente a lo mantenido por el Profesor Dolzer en su informe experto, presentado por la

³⁴⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 6 y 7; pp. 124 y ss.; transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, pp. 142-143 (Sr. Leurent); véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, pp. 122-123 (Sra. Di Rosa).

Demandada).³⁴⁵ Al contrario, la consideración del objetivo mismo del APPI y su redacción excluyen la idea de que exista un requisito de nacionalidad efectiva y dominante. Tal y como indica el Profesor Dolzer, el APPI concede su protección a los “*inversionistas de la otra Parte*” o “*de una parte contratante en el territorio de la otra*” (véase, por ejemplo, los artículos 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 5, 6, 7.1, 8.1 y 10.1 del APPI). El APPI no aborda expresamente la cuestión de si los dobles nacionales hispano-chilenos quedan cobijados o no bajo su ámbito de aplicación. En opinión del Tribunal de arbitraje, no estaría justificado (basándose en unas pretendidas normas de derecho internacional consuetudinario) añadir un requisito de aplicación que no se desprenda ni su letra o ni su espíritu.³⁴⁶

416. En el presente caso, el Sr. Pey Casado sólo tiene que demostrar que poseía la nacionalidad española en el momento de aceptar la competencia del Tribunal de arbitraje con base en el APPI y, para beneficiarse de la protección sustantiva del tratado, en el momento en que se produjo la supuesta violación o supuestas violaciones del APPI. Como se ha expuesto anteriormente, se cumple dicho requisito.³⁴⁷
417. En todo caso, el Tribunal de arbitraje observa que, aún suponiendo que el concepto de nacionalidad efectiva y dominante sea un elemento pertinente en el caso de doble nacionalidad, a efectos de la aplicación del APPI, aunque éste no lo prevea, dicho requisito se cumpliría en este caso concreto. Desde 1974, la nacionalidad “*primaria*” del Sr. Pey Casado es la española, que es también su nacionalidad de origen.
418. Por todas estas razones, en opinión del Tribunal de arbitraje la primera parte demandante cumple el requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI.

³⁴⁵ Véase en especial el informe, p. 12, y el memorial de contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2007, p. 7.

³⁴⁶ A este respecto, el Tribunal de arbitraje comparte la opinión de las partes demandantes, en concreto sobre el hecho de que, al analizar el requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI, el Tribunal deber partir del APPI y analizar “*sin añadir ninguna condición supuestamente implícita*”, transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 186 (Sra. Malinvaud). Las reglas que se refieren a la protección diplomática invocadas por la parte demandada (transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, pp. 143 y 158-159 (Sr. Leurent)) no modifican en nada la presente conclusión.

³⁴⁷ El experto consultado por la parte demandada, Profesor Dolzer, admite que el APPI es aplicable en el presente caso, y escribe en su informe experto del 3 de febrero de 2003: “[...]es posible en mi opinión que ‘un inversionista de la otra parte contratante’ en el contexto del APPI Chile - España puede ser una persona de doble nacionalidad chilena-española que invierte en Chile, pero solo en la medida que la nacionalidad dominante y efectiva de dicha persona sea la española” (p. 9).

3. El requisito de aplicación *ratione temporis* del APPI

419. Para que la aceptación, por parte del inversionista, de la oferta de arbitraje realizada por el Estado parte en el APPI pueda perfeccionar el consentimiento de las partes, es necesario que la oferta de arbitraje efectuada por el Estado abarque las materias que el inversionista pretende someter a arbitraje. Lo que el Tribunal pretende analizar ahora es el cumplimiento de este requisito, que depende de las condiciones de aplicación *ratione temporis* del APPI.
420. El APPI entre Chile y España entró en vigor el 29 de marzo de 1994.
421. El artículo 10 del APPI entre Chile y España prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje CIADI en caso de que se presente una “*controversia*” relativa a las inversiones entre el Estado receptor y un inversionista del otro Estado parte del APPI:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el [sic] controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversionista:

Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el ‘Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados’, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje

conforme con en el reglamento del Mecanismo complementario del CIADI.

A un Tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia -incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

*6. Las Partes contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos, salvo que las partes en la controversia no hubieran cumplido el laudo del Tribunal arbitral o la sentencia del Tribunal ordinario, según los términos de cumplimiento establecidos en el laudo o en la sentencia”.*³⁴⁸

422. El artículo 2 del APPI contiene las disposiciones relativas a su aplicación en el tiempo :

“1. Cada Parte fomentará, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte y admitirá estas inversiones, conforme a sus disposiciones legales.

2. El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera.

*3. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”.*³⁴⁹

423. La aplicación en el tiempo del Tratado plantea dos cuestiones distintas: la de la competencia *ratione temporis* del Tribunal de arbitraje al que se ha acudido con base en el

³⁴⁸ Traducción presentada por las partes demandantes en Anexo 3 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997.

³⁴⁹ Traducción presentada por las partes demandantes en Anexo 3 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997.

APPI, y la de aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el APPI.

424. Los Tribunales de Arbitraje constituidos en los asuntos *Salini e Impregilo* señalaron, además, la siguiente distinción:

“[...] one must distinguish carefully between jurisdiction ratione temporis of an ICSID Tribunal and applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT”.³⁵⁰

425. Tal y como señala el Profesor Christoph Schreuer, “[e]ven if jurisdiction is established under a treaty, this does not mean that the treaty’s substantive provisions are necessarily applicable to all aspects of the case. The general rule is that the law applicable to acts and events will normally be the law in force at the time they occurred”.³⁵¹
426. Las partes demandantes indicaron en las audiencias del 15 de enero de 2007 que el único criterio que debía tomarse en cuenta era el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI. Las Demandantes invocan sólo a título subsidiario la aplicabilidad de las obligaciones sustantivas del APPI, basándose al mismo tiempo en los conceptos de hecho ilícito continuo y de hecho ilícito compuesto.³⁵² Se trata en realidad de dos problemas distintos que el Tribunal analizará por separado.
427. En efecto, para que se pueda considerar la responsabilidad del Estado chileno en aplicación de las disposiciones del APPI, es necesario, por una parte, que el Tribunal tenga competencia *ratione temporis* y, por otra, que las disposiciones sustantivas del APPI sean aplicables *ratione temporis* a las supuestas violaciones.

³⁵⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Le Royaume hachémite de Jordanie*, caso CIADI N.º ARB/02/13, laudo sobre competencia, 29 de noviembre de 2004, párr. 176, JDI, 2005.182, en particular p.205. Véase también *Impregilo v. Pakistan*, caso CIADI N.º ARB/03/3 laudo sobre competencia, 22 de abril de 2005, JDI, 2006.287, en particular p. 302: “care must be taken to distinguish between (1) the jurisdiction ratione temporis of an ICSID tribunal and (2) the applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT” (párr. 309).

³⁵¹ Christoph H. Schreuer, *Consent to arbitration*, Transnational Dispute Management, vol. 2, n.º 2, noviembre de 2005 (artículo actualizado el 27 de febrero de 2007), p. 33, disponible en el sitio www.transnational-dispute-management.com.

³⁵² Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 273 (Sra. Malinvaud). Tal era la posición de las partes demandantes durante las audiencias del 3 de mayo de 2003: “La primera posición de la Demandante, [es que] la [Decisión] 43 de [28] de abril de 2000, es un acto de desposesión que da origen a un nuevo diferendo planteado por la Demandada. Toda la cuestión de la aplicación *ratione temporis* del Tratado ya no tiene ningún interés.” [transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 125 (Sra. Malinvaud)].

428. El Tribunal sólo podrá declararse competente *ratione temporis* si la inversión de las Demandantes estaba cobijada por el APPI en el momento de los hechos en controversia y, al mismo tiempo, si la diferencia o diferencias invocadas se hallan a su vez cubiertas por el APPI.
429. Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables, por su parte, únicamente si el APPI se hallaba en vigor en el momento en que se cometieron las supuestas violaciones.
430. Conviene determinar, en primer lugar, si la inversión de las Demandantes se halla cubierta conforme al artículo 2 del APPI.
- a) ¿Se encuentra cobijada por el APPI la inversión efectuada por el Sr. Pey Casado en 1972?
431. El artículo 2.2 del APPI entre Chile y España establece que “[e]l presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera”.
432. El único objetivo del artículo 2.2 del APPI Chile-España es definir las inversiones protegidas por el Tratado. En el presente caso, no cabe duda de que se cumplen las condiciones que impone dicho texto. La inversión en cuestión, realizada por el Sr. Pey Casado en 1972 con calidad de inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena, cae bajo el ámbito de aplicación del APPI.
433. El Tribunal se propone, por ello, establecer si las diferencias alegadas por las partes demandantes surgieron con posterioridad a la entrada en vigor del APPI Chile-España.
- b) ¿Se encuentran cobijadas por el APPI las diferencias invocadas por las partes demandantes?
434. El artículo 2.3 del APPI establece que éste “no se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”. Por lo tanto, el Tribunal sólo podrá declararse competente *ratione temporis* respecto de “controversias” o “reclamaciones” surgidas con posterioridad a la entrada en vigor del APPI.

435. Los términos del párrafo 2(3) elegidos por los Estados partes en el APPI, “*controversias*” y “*reclamaciones*”, sugieren que los Estados partes atribuían un significado distinto a cada uno de dichos términos. Las partes han expresado, cada una, interpretaciones diferentes de dichos conceptos, si bien el desacuerdo más patente se ha manifestado en relación con el alcance del término “*controversias*”.
436. Se desprende, en efecto, del análisis de los escritos que las partes han llegado finalmente a un acuerdo sobre el significado que debe atribuirse al término “*reclamaciones*”, equivalente al término inglés *claims*, y que correspondería en este caso a una demanda presentada por una de las partes para hacer valer sus derechos.³⁵³ En cambio, queda por resolver el debate acerca de la definición del término “*controversias*”: si bien ambas partes consideran que el término “*controversias*” es sinónimo de “*diferencias*”, se hallan en profundo desacuerdo en cuanto al sentido y el alcance que debe atribuirse a dicho término.³⁵⁴
437. Las Demandantes invocan tres diferencias que son, según ellas, posteriores a la fecha de entrada en vigor del APPI: la primera habría surgido en 1995,³⁵⁵ la segunda en 2000³⁵⁶ y la tercera en 2002.³⁵⁷ El Tribunal examinará una a una estas supuestas diferencias.

i. *La diferencia de 1995*

(a) Posición de las partes

438. Para la Demandada, la única diferencia que puede identificarse en este caso surgió mucho antes de la entrada en vigor del APPI. La Demandada pretende, en efecto, deducir de las disposiciones del APPI, y en concreto de su artículo 10, que “*la controversia consiste en*

³⁵³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, páginas 102-103 (intervención del asesor de las partes demandantes, Sra. Malinvaud): “... *en lo que respecta a la reclamación, estamos bastante de acuerdo en que se traduciría al inglés por claim [...] supone una acción de reclamar, y por tanto, una acción, una demanda, una acción en derecho*” (p. 105); véase también la transcripción de la audiencia del 4 de mayo de 2000, durante la cual la parte demandada tradujo los términos en controversia del artículo 2.3 como sigue: “*Del Tratado no tendrá aplicación a controversias, (en francés ‘différends’) , y a reclamaciones, ‘dépôts de demande’ en francés, que hayan sucedido antes de su entrada en vigor el 29 de marzo de 1994*”, pp. 14-15.

³⁵⁴ Véase, por ejemplo, el Memorial de réplica sobre incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 64 a 71.

³⁵⁵ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 240 y 241 (las Demandantes evocan así “*la primera controversia*”, p. 241).

³⁵⁶ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 22.

³⁵⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 121.

un conflicto o diferencia jurídica que no requiere, según el propio APPI, que se exprese o plantee por una parte hacia la otra parte".³⁵⁸ Esta interpretación quedaría confirmada en las actas de las reuniones técnicas que tuvieron lugar entre los representantes de Chile y de España los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998,³⁵⁹ por iniciativa de Chile, con el fin de precisar el sentido y el alcance de determinadas disposiciones del APPI.³⁶⁰ De acuerdo con la parte demandada, el artículo 2.3 del APPI excluye las controversias y las reclamaciones surgidas de actos producidos con anterioridad a la entrada en vigor del APPI.³⁶¹ Ahora bien, en este caso, *"la diferencia jurídica, de que trata este arbitraje, surgió el 10 de febrero de 1975"*, fecha en la que se adoptó el Decreto de confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda. Según el Estado demandado, las partes demandantes lo habrían admitido ellas mismas al afirmar que *"[l]a diferencia jurídica planteada surge directamente de la inversión de Don. Víctor Pey Casado, confiscada por Decreto N.º 165, de 10 de febrero de 1975 [...]"*.³⁶²

439. Las Demandantes consideran que el concepto de "controversia" implica necesariamente "la presencia de dos versiones contrapuestas"³⁶³ y se refiere a "todas las hipótesis de conflictos en los que ha habido al menos un mínimo intercambio para permitir materializar la

³⁵⁸ Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 72.

³⁵⁹ El acta del 1 de octubre de 1998 contiene una interpretación de los términos del artículo 2(3) del APPI: "[...] Las partes entienden que los términos 'controversia' y 'reclamación' no son sinónimos, sino que definen situaciones diferentes. La expresión 'controversia' deberá entenderse como discusión o conflicto de interés de los que haya constancia fehaciente, se haya o no producido la acción de reclamar. Se entiende por 'reclamación' la acción o efecto de reclamar, esto es, clamar contra una cosa, oponerse a ella de palabra o por escrito".

³⁶⁰ Véase el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 58 y 59 y la transcripción de la audiencia del 1 de octubre de 1998 en Anexo 15 a este Memorial. La parte demandada alega en concreto que su iniciativa es compatible con el artículo 10(6) del APPI, ya que el 25 de agosto de 1998 se puso en contacto con las autoridades españolas para solicitar una reunión concerniente a la interpretación del APPI, antes de que se constituyera el Tribunal en el mes de septiembre de 1998 (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 77). Por otro lado, el hecho de que el Sr. Banderas, representante de Chile en este procedimiento, haya podido presidir la delegación chilena presente en las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 no sería un hecho fraudulento, ya que entre las funciones habituales del Sr. Banderas está la de presidir este tipo de negociaciones (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 77).

³⁶¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 145.

³⁶² Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 64. Véase también la Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 74 y ss.

³⁶³ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 19.

controversia, disputa o discusión”.³⁶⁴ Por lo tanto, de acuerdo con las Demandantes, hay que distinguir la controversia de los hechos que dieron lugar a la misma,³⁶⁵ distinción que no tiene en cuenta el Estado demandado.³⁶⁶ En este caso, las Demandantes invitan al Tribunal a que efectúe una distinción entre la confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., hechos que se remontan a 1975, y la primera controversia, que solo se produjo en 1995. Según las Demandantes, “la primera controversia ha nacido [...] después de la entrada en vigor del APPI, cuando el Estado de Chile ha contestado negativamente [el 20 de noviembre de 1995] la reclamación del Sr. Pey Casado y de la Fundación Española [del 6 de septiembre de 1995]”.³⁶⁷ Por último, las Demandantes cuestionan “la eficacia” del acta del 1 de octubre de 1998 invocado por la Demandada, alegando que dicha acta infringiría el artículo 10.6 del APPI³⁶⁸ y las autoridades chilenas la habrían obtenido de forma fraudulenta.³⁶⁹

(b) Conclusiones del Tribunal

440. A título preliminar, el Tribunal se propone pronunciarse sobre la interpretación de los términos del artículo 2.3 consignada en las actas de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile, organizadas a petición de esta última. La iniciativa del Estado demandado cuyo objeto era organizar un encuentro entre los representantes de los dos Estados partes en el Tratado con el fin de llegar a un acuerdo sobre la interpretación de algunos de los términos del mismo, tuvo lugar después de que se presentara (el 3 de noviembre de 1997) y se registrara (el 20 de abril de 1998) la demanda de arbitraje. Como ya se ha indicado, se trata de un acto incompatible con las disposiciones del artículo 10.6 del APPI que obligan a los Estados partes a abstenerse “*de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran*

³⁶⁴ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 87.

³⁶⁵ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 19.

³⁶⁶ Véase la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 252 (Sra. Malinvaud).

³⁶⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 241.

³⁶⁸ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 27.

³⁶⁹ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 28-29.

sido concluidos”. Es claro que la interpretación del artículo 2.3 del APPI cae bajo la categoría de “*argumentos concernientes al arbitraje*” tratados después de que se iniciara el procedimiento. En consecuencia, el Tribunal no tendrá en cuenta la interpretación que consta en las actas en controversia, sin que ello implique que prejuzga la fundamentación de la misma.

441. El Tribunal se propone, entonces, examinar el concepto de “*controversia*” que las partes consideran equivalente al de diferencia. Este se encuentra definido en la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales como “*un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas*”.³⁷⁰ Para establecer la existencia de dicha diferencia, “*hay que demostrar que la reclamación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra*”.³⁷¹
442. La posición de la jurisprudencia del CIADI en la materia no difiere de la anterior.³⁷² En el caso *Maffezini c. España*, el Tribunal de arbitraje definió precisamente el concepto de “*disputa*” en los siguientes términos:

[...] there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them. It has also been rightly commented that the existence of the dispute presupposes a minimum of communications between the parties, one party taking up the matter with the other, with the latter opposing the Claimant's position directly or indirectly. This sequence of events has to be taken into account in establishing the critical date for determining when under

³⁷⁰ Caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, sentencia N.º 2, 1924, Serie A, N.º 2, pp. 4 y ss., en particular p. 11 (*traducción no oficial de la cita*). Véase también el asunto relativo a *Timor Oriental*, sentencia, 30 de junio de 1995, C.I.J. Repertorio 1995, pp. 91 y ss., en particular pp. 99 y 100 (el Tribunal recuerda la jurisprudencia constante de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia en la materia).

³⁷¹ Caso de *África Sudoccidental*, excepciones preliminares, sentencia, C.I.J. Repertorio 1962, p. 328 (*traducción no oficial de la cita*).

³⁷² Véase *Maffezini c. España*, caso CIADI N.º ARB/97/7, laudo sobre competencia del 25 de enero de 2000, párr. 94, *Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Peru, S. A. c. Perú*, caso CIADI N.º ARB/03/4, fallo del 7 de febrero de 2005, párr. 48, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI N.º ARB/03/43, laudo sobre competencia del 22 de abril de 2005, párrs. 302 y ss., JDI, 2006.287, en particular pp. 302 y ss.; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Ecuador*, caso CIADI N.º ARB/03/6, fallo del 31 de julio de 2007, párr. 63; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile*, caso CIADI N.º ARB/04/7, fallo del 21 de agosto de 2007, párr. 245.

*the BIT a dispute qualifies as one covered by the consent necessary to establish ICSID's jurisdiction”.*³⁷³

443. Esta definición de la diferencia, que exige un mínimo de intercambios entre las partes, es decir, que una de ellas ponga el problema en conocimiento de la otra, y que esta última se oponga directa o indirectamente a la posición de la primera, es también sostenida por el presidente del Tribunal.³⁷⁴ Tal y como indicó el Tribunal de arbitraje en el caso *Helnan c. Egipto*, “[*The parties’ disagreement*] crystallizes as a ‘dispute’ as soon as one of the parties decides to have it solved, whether or not by a third party”.³⁷⁵ Sólo mediante la expresión y la confrontación de puntos de vista se materializa la diferencia.
444. En el presente caso, el APPI entró en vigor el 29 de marzo de 1994. Fue solo hasta el 1 de febrero de 1995 que el Sr. Pey Casado presentó ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago la demanda de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad Consorcio Publicitario y Periodístico, S. A..³⁷⁶ Las Demandantes sitúan así la primera controversia después del 29 de mayo de 1995, fecha en la que el 8° Juzgado del Crimen de Santiago ordenó la restitución de los títulos de propiedad de CPP S.A., de los contratos de cesión de dichos títulos y de los justificantes de pago del precio.³⁷⁷ El 6 de septiembre de 1995, Víctor Pey Casado presentó, en efecto, una primera demanda de restitución de los “*bienes confiscados, y hoy en manos del Fisco, pertenecientes a la ‘Empresa Periodística Clarín Ltda.’ y al ‘Consorcio Publicitario y Periodístico, S. A.’*”.³⁷⁸
445. La diferencia se materializa durante los intercambios posteriores entre el Sr. Pey Casado y el Gobierno chileno: el 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey Casado de que “*por el momento no es posible acceder a lo requerido, ya que aún no se ha promulgado la Ley que va a regular la situación plantada por*

³⁷³ Véase *Maffezini c. España*, ibídem, párr. 96.

³⁷⁴ Esta definición se retoma en el laudo dictado en el caso *Impregilo c. Pakistan (Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n° ARB/03/3, laudo sobre competencia del 22 de abril de 2005, párr. 304, JDI, 2006.287, en particular pp. 302 y ss.) y en el caso *Vieira c. Chili (Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile*, caso CIADI n° ARB/04/7, fallo del 21 de agosto de 2007, párr. 237 y párr. 249).

³⁷⁵ Véase *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI n° ARB/05/19, laudo sobre competencia del 17 de octubre de 2006, párr. 52.

³⁷⁶ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

³⁷⁷ Véase Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 173

³⁷⁸ Anexo 22 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Ud.”.³⁷⁹ El 10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reitera su demanda de restitución ante el Presidente de la República.³⁸⁰ Toda vez que la oferta de consultas amistosas presentada por el Sr. Pey Casado el 30 de abril de 1997³⁸¹ no condujo a ningún acuerdo, el Sr. Pey Casado expresó su consentimiento al arbitraje mediante carta del 2 de octubre de 1997.³⁸²

446. El Tribunal concluye que la diferencia surgió después de la entrada en vigor del Tratado, ya que las partes no expresaron y confrontaron sus diferentes puntos de vista con anterioridad al año 1995. Las partes demandantes especificaron en varias ocasiones que era necesario hacer la distinción entre la diferencia y los hechos que dieron lugar a la misma.³⁸³ El Tribunal comparte este análisis. Tal como sostuvo recientemente el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *Duke Energy*, “[w]hat is decisive of the Tribunal’s jurisdiction *ratione temporis* is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place”.³⁸⁴
447. El argumento de la Parte contraria según el cual “la diferencia de naturaleza jurídica, objeto del presente arbitraje, surgió el 10 de febrero de 1975” no tiene en cuenta la distinción entre el momento en el que surge la diferencia y aquel en que se producen los hechos en controversia que la originan.³⁸⁵ La fecha que invoca la parte demandada es la de la adopción de un Decreto de confiscación, la cual si bien originó la diferencia, no es ni

³⁷⁹ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Anexo 11 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997; véase también el Anexo 12 a la Solicitud de arbitraje.

³⁸² Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997. La Fundación Presidente Allende señala, por su parte, que expresó su consentimiento el 6 de octubre de 1997, mediante una resolución del Consejo de los fundadores de la Fundación (Anexo 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). Las partes demandantes presentaron la Solicitud de arbitraje el 3 de noviembre de 1997.

³⁸³ Véase por ejemplo la transcripción de la audiencia del 4 de mayo de 2000, p. 112 (Sra. Malinvaud): “Chile [hace] una confusión entre la controversia y el hecho que origina la controversia”; véase también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 129 y 130 (Sra. Malinvaud), que distingue los hechos que dieron lugar a la controversia entre 1973 y 1977 de la controversia en sí, surgida en el período 1995-1997; véase la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud) y la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, pp. 415-416 (Sra. Malinvaud).

³⁸⁴ *Duke Energy International Peru Investments N. °1, Ltd. c. Perú*, caso CIADI n° ARB/03/28 laudo sobre competencia, 1 de febrero de 2006, párr. 148.

³⁸⁵ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 64; véase también la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 24 y p. 46: “Chile ha argumentado que la controversia surgió cuando tuvieron lugar los actos expropiatorios [sic] [...]”. Véase también la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, p. 355 (Sr. Di Rosa).

una manifestación concreta, ni una materialización de la misma; el Estado demandado no tiene constancia ninguna de que existiera una oposición entre el Sr. Pey Casado y el Gobierno chileno en aquel entonces que pudiera reflejar la expresión de una diferencia. Al ser la primera diferencia alegada posterior a la entrada en vigor del APPI entre Chile y España, el requisito de competencia se cumple al respecto.

ii. *La diferencia del 2000*

(a) Posición de las partes

448. Al conocer, el 3 de abril de 2000, la Decisión N.º 43 del Ministerio de Bienes Nacionales, decisión que otorga una indemnización a personas distintas de las partes demandantes por la confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., las Demandantes alegaron inmediatamente que *“la resolución del 28 de abril de 2000 constituye una vez más un nuevo acto de denegación de la protección de inversiones y saber si fue antes o después de la puesta en vigor del Tratado que surgió la controversia, nos parece hoy ya fuera del caso, ya que el 28 de abril pasado un nuevo acto del mismo tipo se materializó”*.³⁸⁶
449. Al día siguiente, la Demandada se opuso radicalmente a esa posición: *“La resolución número 43 se ha dicho que tiene un efecto desposeedor respecto de los dueños de estas acciones. Nada más lejos de la verdad, todo lo contrario acoge la solicitud de indemnización presentada por los legítimos dueños”*.³⁸⁷
450. Para la Demandada, la Decisión N.º 43 dista mucho de ser *“la causa de un nuevo litigio que entra en el ámbito de aplicación del APPI”*. Según ella, el Tribunal ya se había pronunciado sobre la cuestión, y concluyó que *“la Decisión N.º 43 se refería únicamente a terceras partes, y no a las Demandantes, y que en todo caso no ocasionó perjuicio alguno a las Demandantes dado que simplemente dictaminó compensación a terceras partes sin pretender adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las Demandantes”*.³⁸⁸

³⁸⁶ Transcripción de la audiencia del 4 mayo de 2000, pp. 103 (Sra. Malinvaud).

³⁸⁷ Transcripción de la audiencia del 5 mayo de 2000, p. 166 (Sr. Banderas).

³⁸⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 149. Véase también la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, p. 356 (Sr. Di Rosa): *“Respecto de la resolución 43 en la medida que concierna el mismo tema que la expropiación anterior no sería una nueva controversia”*.

451. Las Demandantes concluyeron, por el contrario, que la Decisión N.º 43 “*constituye, en todo caso, y si fuera necesario, un nuevo elemento constitutivo del diferendo*”.³⁸⁹ En su Memorial del 23 de febrero de 2003 especifican que “[l]a controversia relativa a la ‘Decisión N.º 43’ nació los días 3 y 4 de mayo de 2000 ante el Tribunal de arbitraje, cuando Chile, desveló su existencia y las Demandantes manifestaron su oposición a la misma”.³⁹⁰

(b) Conclusiones del Tribunal

452. El Tribunal constata que ya en las Audiencias sobre competencia de mayo de 2000 se había controvertido la Decisión N.º 43. En aquella ocasión, surgió inmediatamente una clara oposición entre las partes, expresada en términos jurídicos.

453. A la vista de las respectivas pretensiones de las partes, anteriormente descritas, el Tribunal considera sin más dilación que la oposición manifestada entre las partes durante las audiencias de mayo de 2000, desde el momento en que las partes demandantes conocieron la Decisión N.º 43, constituye una diferencia. Incluso a este respecto, al haber surgido la diferencia después de la entrada en vigor del Tratado, se cumple la condición de competencia *ratione temporis*.

iii. *La diferencia de 2002*

(a) Posición de las partes

454. De acuerdo con las Demandantes, una diferencia resultante de la denegación de justicia por ellas alegada surgió “*después de la entrada en vigor del API entre Chile y España*”.³⁹¹ En efecto, las Demandantes alegan que el procedimiento iniciado en 1995 ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago para la restitución de la rotativa Goss o para la indemnización de su valor de sustitución no ha dado lugar a ninguna decisión de fondo en siete años.³⁹² Además, en caso de que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago dictara sentencia sobre el fondo en este caso,

³⁸⁹ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 174.

³⁹⁰ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 22. Véase también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 126 (Sra. Malinvaud) y la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 269 (Sra. Malinvaud).

³⁹¹ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 121.

³⁹² Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107.

la adopción de la Decisión N°43 privaría de efecto a la sentencia de la jurisdicción chilena, en la medida en que los beneficiarios de la Decisión N.º 43 ya han sido indemnizados por la rotativa en cuestión.³⁹³

455. Las Demandantes señalan también que han visto desestimados todos los recursos planteados ante el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial con el objetivo de cuestionar la compatibilidad de la Decisión N.º 43 con el procedimiento judicial incoado en 1995.³⁹⁴ Señalan que llamaron en vano la atención del *Contralor General* sobre la incompatibilidad de la Decisión N.º 43 con la acción incoada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago.³⁹⁵ El recurso de reposición contra los Decretos relativos al pago de la indemnización que concedía la Decisión N.º 43, interpuesto el 29 de julio de 2002, fue igualmente rechazado *in limine litis* el 14 de octubre de 2002.³⁹⁶ Por otro lado, la demanda de medidas provisionales que las Demandantes presentaron ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago contra la Decisión N.º 43 fue desestimada el 2 de octubre de 2001,³⁹⁷ y se declaró improcedente la demanda que presentaron las Demandantes ante la Corte Suprema el 5 de junio de 2002, en la que argumentaban la existencia de un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.³⁹⁸ Por último, las Demandantes señalan que el recurso de protección constitucional interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con motivo de la violación de su derecho de propiedad sobre la rotativa Goss, fue a su vez declarado por ésta improcedente y sin fundamento el 6 de agosto de 2002.³⁹⁹
456. De acuerdo con las Demandantes, el rechazo de todos estos recursos constituye una denegación de justicia que dió lugar a una diferencia después de la entrada en vigor del APPI, cuando, por una parte, las partes demandantes interpusieron un recurso de reposición ante el *Contralor* el 29 de julio de 2002 y cuando, por otra parte, el 1^{er} Juzgado

³⁹³ Demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 6.

³⁹⁴ Ídem, pp. 2-5.

³⁹⁵ Ídem, pp. 2-3 y Anexo C-224

³⁹⁶ Ídem, p. 3 y Anexos C-220 y C-216.

³⁹⁷ Ídem., p. 4 y Anexo C-219.

³⁹⁸ Ídem, pp. 3-4 y Anexo C-218.

³⁹⁹ Ídem, p. 5 y Anexos C-222 y C-223.

Civil de Santiago desestimó su demanda de medidas provisionales el 2 de octubre de 2001.⁴⁰⁰

457. La Demandada no aborda directamente en sus escritos la cuestión de la existencia de una diferencia en relación con la denegación de justicia que alegan las Demandantes. En cambio, procede a la descripción del caso presentado ante las jurisdicciones chilenas el 4 de octubre de 1995.⁴⁰¹ En concreto, llama la atención del Tribunal sobre tres decisiones, dos de ellas emitidas por el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago. La primera decisión a la que hace referencia es la del 20 de diciembre de 1996, por la cual el 1^{er} Juzgado Civil transmite a las partes una serie de seis preguntas,⁴⁰² junto con un requerimiento de que presente la prueba de los hechos alegados.⁴⁰³ El 26 de abril de 1999, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago desestimó la demanda interpuesta por el Sr. Pey Casado con el objeto de añadir una pregunta en la lista elaborada por la jurisdicción chilena en su sentencia del 20 de diciembre de 1996.⁴⁰⁴ La Demandada afirma, por último, que el Sr. Pey Casado recurrió la sentencia del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago del 20 de diciembre de 1996. La Corte de Apelaciones de Santiago habría rechazado la demanda del Sr. Pey Casado el 4 de octubre de 2002.⁴⁰⁵ La Demandada indica, además, que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago habría

⁴⁰⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 121-122.

⁴⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 110 a 119.

⁴⁰² Las seis preguntas planteadas son las siguientes:

“1) Si el Sr. Pey se encuentra legitimado activamente para interponer la demanda.

2) Título en virtud del cual el Sr. Pey solicita la restitución de la máquina rotativa marca Goss.

3) Existencia de un contrato de depósito necesario respecto de la máquina rotativa; origen y modalidad de dicho contrato.

4) Título en virtud del cual el Estado chileno posee la máquina cuya restitución se solicita.

5) Si efectivamente han transcurrido los plazos exigidos por la ley para que opere la prescripción de la acción.

6) Si efectivamente al Sr. Pey se le han ocasionado perjuicios por actos imputables al Estado chileno; en su caso, naturaleza y monto de los perjuicios” (Véase el Memorial de contestación de la parte demandada, del 23 de febrero de 2003, pp. 116 y 117).

⁴⁰³ Véase Anexo 102 del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁰⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 117 y el Anexo 104 al Memorial de contestación.

⁴⁰⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118 y el Anexo 109 al Memorial de contestación.

rechazado la solicitud de suspensión que formuló el Sr. Pey Casado en el momento en que las Demandantes presentaron su demanda complementaria.⁴⁰⁶

458. La parte demandada concluye que debe desestimarse la demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002, ya que las partes demandantes han hecho uso de la opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el artículo 10.3 del APPI al interponer su demanda relativa a la máquina rotativa Goss ante las jurisdicciones del Estado receptor.⁴⁰⁷

(b) Conclusiones del Tribunal

459. Las partes demandantes iniciaron un procedimiento judicial el 4 de octubre de 1995 ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago con el objeto de obtener la restitución de la rotativa Goss.⁴⁰⁸ No obstante, aunque se emitieron algunas decisiones referentes a cuestiones de orden probatorio en dicho procedimiento,⁴⁰⁹ las pruebas presentadas demuestran que el 1^{er}

⁴⁰⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 119.

⁴⁰⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 191 y ss.

⁴⁰⁸ Véase el Anexo 48 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁰⁹ Según las partes demandantes, este procedimiento interno, que tiene por objeto reclamar la restitución de la rotativa Goss, no ha dado lugar a ningún “*fallo*” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107). Las decisiones invocadas por la Demandada no pueden calificarse, de hecho, como sentencia sobre el fondo del asunto (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 110 y ss.). Después de que el Consejo de Defensa del Estado hubiera respondido a la demanda del 4 de octubre de 1995 invocando la falta de legitimación activa de la Demandante para actuar (Anexo 100 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003), el 1er Juzgado Civil de Santiago dictó, el 2 de diciembre de 1996, una primera decisión que contenía seis preguntas y por la que solicitaba a las partes que reunieran pruebas concretas para defender sus pretensiones, en un plazo determinado [decisión del 1er Juzgado Civil de Santiago de 20 de diciembre de 1996 (Anexo 102 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. El 31 de enero de 1997, el abogado del Sr. Pey Casado solicita la sustitución de un primer elemento de prueba, que se retire un segundo elemento y se añada un nuevo elemento de prueba propuesto por la Demandante (demanda de D. Pablo Vermehren Domínguez, en nombre del Sr. Pey Casado, de 31 de enero de 1997 (Anexo 103 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003). El elemento de prueba en cuestión tenía por objeto establecer si la rotativa Goss figuraba en el inventario de los bienes muebles al que se refiere el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 165 de 1975 (ibidem); según la Demandada, el 1er Juzgado Civil de Santiago desestimó dicha demanda el 26 de abril de 1999 [decisión del 1er Juzgado Civil de Santiago de 26 de abril de 1999 (Anexo 104 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)].

El 23 de junio de 1999, el Sr. Pey Casado informa, a través de su abogado, a la Corte de la existencia de un procedimiento de arbitraje en relación con los “*bienes y créditos*” de la sociedad CPP S. A., con excepción de la rotativa Goss, que es objeto del litigio sometido a la Corte (Anexo 105 al Memorial de contestación de la parte demandada sobre la competencia). En esa misma fecha, el abogado del Sr. Pey Casado pide, además, al Tribunal que ordene al Ministerio de Defensa Nacional que indique los motivos de la ocupación de los locales del diario *Clarín* y presente los documentos pertinentes (véase Ídem.). Solicita también a la Corte el que nombre un experto para determinar el estado de conservación de la máquina rotativa Goss, así como su valor de reemplazo, en caso de que fuera imposible su restitución [demanda del D. Pablo Vermehren Domínguez, en nombre del Sr. Pey Casado, de 23 de junio de 1999 (Anexo 105 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. El 27 de julio de 1999, el Procurador Fiscal de Santiago alega,

Juzgado Civil de Santiago no se había pronunciado sobre el fondo cuando intervino la Decisión N.º 43, ni cuando las partes demandantes interpusieron su demanda complementaria ante el Tribunal de arbitraje el 4 de noviembre de 2002.

460. Además, las partes demandantes intentaron en vano que se reconociera la incompatibilidad de la Decisión N. 43 con dicho procedimiento judicial.
461. El 2 de octubre de 2001, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente para conocer de la incompatibilidad entre la Decisión N.º 43 y el procedimiento incoado ante él el 4 de octubre de 1995. La Corte Suprema sería la única competente.⁴¹⁰
462. Tras informar al *Contralor* acerca de la incompatibilidad de la Decisión N.º 43 con la acción interpuesta ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago el 4 de octubre de 1995,⁴¹¹ las partes demandantes le reprocharon el hecho de haber convalidado, los días 22 y 23 de julio de 2002, el pago de una indemnización a favor de los beneficiarios de la Decisión N.º 43, indemnización que comprendía sobre todo el perjuicio sufrido a causa de la confiscación de la rotativa Goss.⁴¹²
463. Por lo tanto, las partes demandantes intentaron interponer los siguientes recursos:
- El 5 de junio de 2002, el Sr. Pey Casado interpuso una demanda ante la Corte Suprema con base en la existencia de un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial alegando que el Poder Ejecutivo no respetaba la competencia exclusiva del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago; dicha demanda fue rechazada el 2 de julio de 2002;⁴¹³

por su parte, ante la Corte que el Sr. Pey Casado no había demostrado que fuera propietario de la rotativa Goss o de la sociedad EPC Ltda. [Observaciones del Procurador Fiscal de Santiago de 27 de julio de 1999 (Anexo 106 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. Los días 10 y 13 de agosto de 1999, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago intentó, al parecer sin éxito, localizar la rotativa Goss, ya que la inspección ordenada no dio resultados (*véase* el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118).

Si bien la Corte de Apelaciones de Santiago pudo rechazar el 4 de octubre de 2002 el recurso interpuesto por el Sr. Pey Casado contra la decisión del 20 de diciembre de 1996 (*véase* el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118-119 y el Anexo 109 al mismo), ésta no fue una decisión sobre el fondo.

⁴¹⁰ Véase el Anexo C-219.

⁴¹¹ Véase el Anexo C-224.

⁴¹² Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3.

⁴¹³ Véase *ídem*, pp. 3 y 4 y Anexo C-218.

- El 6 de julio de 2002, el Sr. Pey Casado intenta un recurso de reposición contra la decisión de rechazo dictada el 2 de julio de 2002; la Corte Suprema niega dicho recurso el 26 de julio de 2002;⁴¹⁴
- El 29 de julio de 2002, el Sr. Pey interpone un recurso de reposición contra la decisión del *Contralor* de los días 22 y 23 de julio de 2002;⁴¹⁵ el 14 de octubre de 2002, el *Contralor* inadmite el recurso basándose en la sentencia de la Corte Suprema del 2 de julio de 2002;⁴¹⁶
- El 3 de agosto de 2002, el Sr. Pey Casado formula ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección constitucional relativo a su derecho de propiedad sobre la rotativa Goss, derecho que habrían violado las decisiones del *Contralor* de los días 22 y 23 de julio de 2002 que ratificaban los Decretos relativos al pago de las indemnizaciones que concedía la Decisión N.º 43;⁴¹⁷ el 6 de agosto de 2002, la Corte de Apelaciones de Santiago inadmite la demanda por falta manifiesta de fundamento.⁴¹⁸

464. El Tribunal considera que la última diferencia entre las partes se materializó durante el período 2002-2003. Al interponer su demanda complementaria el 4 de noviembre de 2002, las Demandantes reprocharon al Estado chileno, por primera vez en dicho procedimiento, la denegación de justicia, y formularon una reclamación.⁴¹⁹ Al solicitar al Tribunal de arbitraje en su Memorial del 3 de febrero de 2003 que desestimara la demanda

⁴¹⁴ Véase el Anexo C-217.

⁴¹⁵ Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3 y el Anexo C-220.

⁴¹⁶ Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3 y el Anexo C-216.

⁴¹⁷ Véase ídem, p. 4 y Anexo C-222.

⁴¹⁸ Véase ídem, pp. 4 y 5 y Anexo C-223.

⁴¹⁹ Véase ídem, pp. 2 y ss. En la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, las Demandantes alegan que “[e]l Tribunal es competente *ratione temporis* según el art. 2.3 del APPI porque la diferencia sobre la rotativa GOSS y la Decisión N.º 43 ha surgido después de la entrada en vigor del APPI España-Chile” (p. 121). Según la Demandada, “las Demandantes han ejercido su opción única bajo el APPI Chile-España” y no pueden presentar una demanda basada en la denegación de justicia (Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 38 y ss.).

complementaria interpuesta por las Demandantes, la Demandada confirmó la existencia de una diferencia en torno a la denegación de justicia.⁴²⁰

465. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que las tres diferencias invocadas por las Demandantes ocurrieron efectivamente con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, y se considera, por lo tanto, competente *ratione temporis* para conocer del caso.
466. Sin embargo, ello no significa que las disposiciones sustantivas del APPI sean aplicables a la totalidad de las violaciones alegadas por las Demandantes. En efecto, en virtud del principio de no retroactividad de los tratados, la aplicabilidad de las obligaciones sustantivas de un tratado se determina, salvo acuerdo en contrario entre las partes que el Tribunal estima no se ha dado en este caso, en función de la fecha en la que se produce el hecho ilícito, y no en función del momento en el que aparece y se materializa la diferencia, criterio distinto este último que sólo sirve para determinar la competencia *ratione temporis* del Tribunal. Únicamente si la supuesta violación es posterior a la entrada en vigor del Tratado le serán aplicables las disposiciones sustantivas del mismo. Se analizará esta cuestión en la exposición de los argumentos relativos al fondo.

4. La opción irrevocable (fork-in-the-road)

467. El Estado otorga su consentimiento al arbitraje contemplado en el APPI siempre y cuando el inversionista no haya renunciado a acogerse a las disposiciones del Tratado ejerciendo recursos jurídicos que el Tratado establece, al contemplar una cláusula de opción irrevocable o de *fork in the road*, como incompatibles con los que el Tratado mismo ofrece.
468. El Tribunal recordará los argumentos presentados por las partes en relación con el ejercicio de la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI entre Chile y España antes de formular las conclusiones a las que ha llegado sobre la cuestión.

⁴²⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 116 y ss.

a) La posición de las partes

i. *La posición de la parte demandada*

469. La parte demandada sostiene que el Sr. Pey Casado ejerció la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI “por haber presentado una demanda ante los tribunales nacionales de Chile por daños relacionados con las confiscación del CPP S. A. y EPC Ltda.”.⁴²¹
470. La Demandada deduce, en efecto, de la formulación de la demanda presentada por el Sr. Pey Casado el 4 de octubre de 1995 que “la intención original del Señor Pey no era la de buscar restitución o indemnización en los tribunales chilenos únicamente en relación con la máquina Goss, sino que dicha demanda formaba parte de un plan de alcance más amplio que abarcaba una serie de demandas en Chile en relación con distintos bienes confiscados - tanto bienes personales del Sr. Pey como aquellos pertenecientes a la sociedad de la cual dice ser socio mayoritario (vale decir, del CPP S.A.). Fue por este motivo que el Sr. Pey afirmó que ‘en primer lugar’ solicitaba restitución de la máquina Goss, y que ‘posteriormente’ presentaría nuevas demandas respecto de otros bienes”.⁴²² El Sr. Pey Casado no formuló ninguna reserva ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago sobre un posible arbitraje ante el CIADI hasta unos meses más tarde.
471. Por otro lado, la Demandada se refiere a las Memorias de Actividades de la Fundación Presidente Allende de los años 1995, 1996 y 1997; dichas memorias demostrarían que la Fundación también consideraba, por su parte, que “*el reclamo inicial ante el Primer Juzgado Civil de Santiago formaba parte de un plan de reclamos a realizarse en tribunales chilenos en relación con la confiscación de CPP S.A. y de EPC Ltda.*”,⁴²³ y que hasta 1997 no habría considerado la posibilidad del arbitraje CIADI.
472. Tras recordar que la cláusula de opción irrevocable tiene por objeto evitar que se produzcan procedimientos múltiples o paralelos, así como la presentación de múltiples demandas aisladas referentes cada una a un bien distinto, la Demandada alega, basándose

⁴²¹ Memorial de contestación 3 de febrero de 2003, p. 189; Memorial de Incompetencia de la Demandada del 20 de julio de 1999, pp. 128-131; Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 146 y p. 159, y Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las Audiencias de los días 29 y 30 de octubre 2001, p. 108.

⁴²² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 190.

⁴²³ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 191.

en un informe del Profesor R. Dolzer, que el artículo 10 no puede permitir que se interpongan al mismo tiempo una acción judicial ante un tribunal estatal antes de que concluya el período reservado a las consultas amistosas y una demanda de arbitraje ante un Tribunal de arbitraje con el mismo objeto, una vez concluido el período de consultas amistosas. La situación en la que se halla el Estado demandado, obligado a hacer frente a dos procedimientos, uno ante los tribunales chilenos y otro ante el presente Tribunal, para tratar la misma cuestión de fondo, es precisamente la situación que el APPI persigue evitar.

473. La Demandada considera que la demanda interpuesta ante las jurisdicciones chilenas se refiere a “los daños relacionados con la confiscación de CPP S. A. y EPC Ltda.” y tiene “precisamente el mismo objeto de su demanda ante el CIADI”.⁴²⁴ Además, “tanto el caso GOSS como la demanda CIADI se basan en los mismos presuntos derechos de propiedad bajo la ley chilena”.⁴²⁵ Incluso suponiendo que la demanda del Sr. Pey Casado ante las jurisdicciones chilenas se refiriera únicamente a la rotativa Goss, lo que no sería el caso, el Tribunal no podría autorizar a las Demandantes a dividir sus demandas como lo están haciendo, y debería concluir que el Sr. Pey Casado ha ejercido la opción irrevocable prevista en el APPI.
474. No obstante, si el Tribunal se negara a declararse incompetente por considerar que la acción interpuesta ante los tribunales chilenos no constituye el ejercicio de la opción irrevocable, la Demandada solicita al Tribunal que rechace la demanda complementaria interpuesta por las Demandantes el 4 de noviembre de 2002.
475. De acuerdo con la Demandada, “[l]as Demandantes pretenden trasladar al CIADI una demanda que han venido llevando en Chile y que siempre han caracterizado como una demanda independiente y separada de la que entablaron en el CIADI, a pesar del hecho ya indicado de que esa demanda presenta exactamente la misma cuestión de fondo que aquella que se dirime en el presente arbitraje. Las Demandantes presentaron su demanda sobre la máquina GOSS en Chile en 1995 (es decir, después de la entrada en vigencia del

⁴²⁴ Ídem, p. 189.

⁴²⁵ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 39. Esta identidad en el fundamento privaría a las partes demandantes de la posibilidad de invocar el fallo dictado en el caso *Alex Genin c. Estonia*.

APPI) y al presentar su demanda ante el CIADI optaron por no retirar la demanda que habían presentado en Chile”.⁴²⁶

476. El Estado demandado concluye que la demanda complementaria infringe las disposiciones del artículo 10.3 del APPI, el artículo 26 del Convenio CIADI, la regla 40(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI, así como los “*principios elementales de ‘fair play’, estoppel y justicia procesal*”.⁴²⁷ Por lo tanto, dicha demanda debe rechazarse.
477. Por último, las Demandantes no podrían eludir la aplicación de la cláusula de opción irrevocable invocando a título subsidiario la cláusula de la nación más favorecida. El examen de la jurisprudencia de arbitraje CIADI permitiría concluir que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPI entre Chile y España no está redactada de forma lo suficientemente amplia para que pueda aplicarse a la cláusula de arreglo de diferencias, como pretenden las Demandantes.

ii. *La posición de las partes demandantes*

478. Las Demandantes consideran que han “excluido del consentimiento al arbitraje la controversia relativa a la ‘mera restitución -o, en su defecto, su valor de sustitución- de la máquina rotativa GOSS’ porque sobre esta específica cuestión, y solo ella, se sigue desde antes del consentimiento [al arbitraje] un juicio ante los Tribunales internos de Chile (Rol N. °3.510-95 del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, titulado Pey c. Fisco de Chile) [...]”.⁴²⁸ Al invocar el laudo emitido en el caso Olgún c. Paraguay, las Demandantes insisten en el hecho de que la restitución de la rotativa Goss o la obtención de su valor de sustitución constituyen el único objeto de su demanda ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago. Especifican también que el único objeto de la acción interpuesta, por otro lado, ante el 8^o Juzgado del Crimen de Santiago era obtener la devolución de los títulos de CPP S. A. que son propiedad del Sr. Pey Casado. Las cartas dirigidas al Presidente de la República de Chile en 1995 y 1996 y al Gobierno chileno en 1997, que pretendían obtener una solución

⁴²⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 196-197.

⁴²⁷ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 197.

⁴²⁸ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 131. Véase también la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 23.

amistosa del litigio, no constituyen, con mayor motivo, el ejercicio de la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI.

479. La Demandada no ha aportado en ningún momento la prueba de que las Demandantes hayan interpuesto una acción ante las jurisdicciones chilenas que tenga el mismo objeto que el presente arbitraje.
480. De acuerdo con las partes demandantes, la cláusula de opción irrevocable se aplicaría aún menos respecto de su demanda complementaria relativa a la denegación de justicia supuestamente sufrida por ellas en el procedimiento incoado ante los tribunales chilenos para obtener la restitución de la rotativa Goss.⁴²⁹ El ejercicio de la opción irrevocable sería, en efecto, imposible en el caso de denegación de justicia. Esto es así ya que cuando una parte eleva una diferencia ante una jurisdicción interna y de dicho procedimiento interno resulta una denegación de justicia, que por definición es imprevisible, y, por otro lado, esa misma parte ha incoado un procedimiento de arbitraje, la demanda que se presente posteriormente ante el Tribunal de arbitraje es necesariamente distinta. Por lo tanto, la denegación de justicia en el procedimiento iniciado en 1995 para obtener la restitución de la rotativa Goss podría llevarse ante el Tribunal sin por ello ejercer la opción irrevocable.
481. A título subsidiario, las partes demandantes se basan en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPI entre Chile y España, e invocando en concreto las cláusulas relativas al arreglo de diferencias contenidas en los APPI entre Chile y Suiza,⁴³⁰ entre Chile y Alemania⁴³¹ y entre Chile y los Países Bajos,⁴³² consideran que la jurisprudencia arbitral permitiría en este caso aplicar la cláusula de la nación más favorecida a la cláusula de solución de controversias del APPI.

⁴²⁹ Véase la Réplica a la Contestación de la República de Chile del 23 de febrero de 2003, p. 114. Véase la demanda complementaria de las Demandantes, del 4 de noviembre de 2002. Las Demandantes ampliaron el campo de la denegación de justicia en el caso, pues consideraban que se derivaba además de una “denegación abusiva del acceso al arbitraje para obligar al Tribunal Arbitral a una denegación de justicia” [transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 284 (Sr. Garcés)].

⁴³⁰ Las partes demandantes invocan el artículo 9.3 del APPI entre Chile y Suiza.

⁴³¹ Las partes demandantes se basan en el artículo 10.3 del APPI entre Alemania y Chile.

⁴³² Las partes demandantes invocan la disposición del protocolo que completa el APPI entre Chile y los Países Bajos relativa al artículo 8 del APPI.

b) Conclusiones del Tribunal

482. El artículo 10 del APPI prevé en su parte pertinente que:

“Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva”.

483. El ejercicio de la opción irrevocable requiere que se reúnan tres condiciones. Las demandas presentadas respectivamente ante las jurisdicciones nacionales y ante el Tribunal de arbitraje deben poseer identidad de objeto y de fundamento, y ser presentadas por las mismas partes.

484. Tal y como expuso claramente el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*:

“[t]o the extent that a dispute might involve the same parties, object and cause of action it might be considered as the same dispute and the ‘fork in the road’ mechanism would preclude its submission to concurrent tribunals”.⁴³³

485. El Tribunal de arbitraje en el caso *Azurix c. Argentina*⁴³⁴ señaló precisamente que los tribunales de arbitraje han corroborado la exigencia de esa triple identidad. Asimismo, en el caso *CMS c. Argentina*, el Tribunal de arbitraje recordó que una cláusula de opción

⁴³³ *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso LCIA N.º UN3467, sentencia final del 1 de julio de 2004, párr. 52.

⁴³⁴ *Azurix Corp. c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/12, laudo sobre competencia de 8 de diciembre de 2003, párr. 89, JDI 2004.275, en particular p. 281. En este caso, el Tribunal se refirió a los tres criterios exigidos en el caso *Benvenuti c. Congo* —la identidad de partes, de objeto y de fundamento— antes de establecer que “[t]his line of reasoning has been consistently followed by arbitral tribunals in cases involving claims under BITs (...)” (véase párrafo 89). Véase también *Enron Corporation and Ponderosa Asset, LP c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/3, laudo sobre competencia de 14 de enero de 2004, párr. 97.

irrevocable no podía resultar aplicable cuando las partes y el fundamento de la demanda eran diferentes.⁴³⁵

486. En ausencia de uno de los tres elementos de la triple identidad mencionada, la cláusula de opción irrevocable no puede aplicarse. Ahora bien, esta triple identidad no ha existido nunca en el caso presente.

i. *Exclusión de la rotativa Goss del objeto de las demandas presentadas en el arbitraje*

487. En la carta del 2 de octubre de 1997 por la que el Sr. Pey Casado expresó su consentimiento al arbitraje se indicaba que:

*“[...] el presente consentimiento abarca a todas y cada una de las controversias jurídicas derivadas de la confiscación de mis inversiones comerciales citadas [anteriormente], con la sola excepción de la relativa a la mera restitución -o, en su defecto, su valor de sustitución correspondiente- de la máquina rotativa Goss, comprada en 1972 e instalada en la sede del diario CLARÍN. Sí incluye este consentimiento la controversia jurídica relativa a todos los perjuicios derivados de la ocupación de dicha rotativa, consistentes en daño emergente, lucro cesante e intereses compensatorios”.*⁴³⁶

488. El litigio relativo a la devolución de la rotativa Goss fue, por lo tanto, excluido de forma expresa y clara del ámbito de competencia del Tribunal.

489. Por otro lado, las partes demandantes solicitaron en su solicitud de arbitraje que el Tribunal “declare ilegítima y contraria al Derecho Internacional la ocupación y confiscación de la inversión hecha por el ciudadano español D. Víctor Pey Casado”,⁴³⁷ y que condene a la República de Chile a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo del embargo y la confiscación de los bienes de las Demandantes, sobre la base de las disposiciones pertinentes del APPI entre Chile y España.⁴³⁸ Las Demandantes no

⁴³⁵ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/8, laudo sobre competencia de 17 de julio de 2003, párr. 80, JDI 2004.236, en particular pp. 250 y 251. Véase *Pan American Energy LLC yBP Argentina Exploration Company c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/03/13 y *BP America Production Co. and Others c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/04/8, laudo sobre las objeciones preliminares de 27 de julio de 2006, párr. 157.

⁴³⁶ Carta del Sr. Pey Casado del 2 de octubre de 1997 p. 1 (Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁴³⁷ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 9.

⁴³⁸ Ídem, pp. 8-9.

intentaron en ningún momento modificar el alcance de su consentimiento al arbitraje incluyendo en él la rotativa Goss, tal y como lo demuestran sus escritos posteriores.

490. En la demanda presentada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago el 4 de octubre de 1995, el Sr. Pey Casado alegó que el Estado chileno había embargado ilegalmente la rotativa Goss en 1973 y, basándose en las disposiciones del Código Civil chileno, solicita que se le restituya dicha máquina. En caso de que fuera imposible la restitución, el Sr. Pey Casado solicita una indemnización correspondiente al valor de la rotativa, más los intereses y, llegado el caso, una indemnización por los eventuales daños que hubiera sufrido la rotativa.⁴³⁹
491. La demanda de arbitraje y la demanda interpuesta ante el juez chileno tienen, por lo tanto, un objeto y un fundamento distintos. La primera tiene por objeto obtener la reparación del perjuicio derivado del embargo y confiscación respecto de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., sobre la base de determinadas disposiciones del APPI entre Chile y España, mientras que la segunda tiene por objeto la restitución de un bien mueble concreto, la rotativa Goss, expresamente excluido del alcance del consentimiento al arbitraje, y se basa en el derecho chileno.
492. El solo hecho de que el Sr. Pey Casado haya expresado ante el juez chileno la intención de interponer en el futuro nuevas demandas en relación con otros bienes pertenecientes a la sociedad CPP S.A., sin haber procedido a interponer efectivamente dichas demandas, no genera la aplicación de la cláusula de opción irrevocable. Tal y como recordó el Tribunal de arbitraje en el caso *Pan American Energy c. Argentina*, los tribunales no decidirán nunca a la ligera que las Demandantes han elegido llevar su diferencia ante las jurisdicciones del Estado receptor y que, en consecuencia, han ejercido la opción irrevocable prevista en el APPI aplicable al caso. Si así fuera, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional carecería de toda utilidad.⁴⁴⁰
493. En el presente caso, las Demandantes han hecho una distinción muy clara entre el objeto y el fundamento de la demanda interpuesta ante la jurisdicción chilena y el objeto y

⁴³⁹ Demanda del Sr. Pey Casado ante el 1er Juzgado Civil de la Corte de Apelaciones de Santiago del 4 de octubre de 1995 (Anexo 48 al Memorial de contestación de la parte demandada, del 3 de febrero de 2003).

⁴⁴⁰ Véase *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. Argentina*, caso CIADI n° ARB/03/13 y *BP America Production Co. and Others c. Argentina*, caso CIADI n° ARB/04/8, laudo sobre las objeciones preliminares del 27 de julio de 2006, párr. 155.

fundamento de la demanda de arbitraje. El Tribunal considera, por lo tanto que, al interponer su demanda de arbitraje, el Sr. Pey Casado no ejerció la opción irrevocable prevista en el artículo 10.2. del APPI.

ii. *La demanda basada en la denegación de justicia no riñe con la opción irrevocable, pues no es, por definición, lo solicitado ante las jurisdicciones locales*

494. La demanda complementaria de las Demandantes del 4 de noviembre de 2002, confirmada en sus posteriores memoriales y durante las audiencias, tiene por objeto elevar al Tribunal, no la demanda de restitución de la rotativa Goss, sino una demanda de reparación por el perjuicio derivado de la denegación de justicia que sufrió el Sr. Pey Casado en el mencionado procedimiento interno.

495. El Tribunal considera que la cláusula de opción irrevocable prevista en el APPI no impide a las Demandantes presentar su demanda referente a la denegación de justicia ante el Tribunal de arbitraje. Tal como explica el Profesor Jan Paulsson en su obra dedicada a la denegación de justicia, precisamente una alegación de denegación de justicia cometida por las jurisdicciones nacionales no se verá afectada por la cláusula de opción irrevocable:

*“Treaties which require an election of remedies, with the result that a claimant chooses an irreversible direction at a fork in the road, do not preclude claims of denial of justice before an international tribunal with respect to acts or omissions which were not encompassed in the petition made to an initially elected national forum. The most obvious instance would be an allegation of denial of justice in that very forum”.*⁴⁴¹

496. En el presente caso, aunque las partes sean las mismas, resulta evidente que el objeto de la demanda complementaria, que consiste en una solicitud para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido a raíz de la denegación de justicia, no es obviamente idéntico al de la acción iniciada ante los tribunales chilenos para obtener la devolución de la rotativa Goss. El fundamento en cada caso es también diferente: la demanda relativa a la denegación de justicia se basa en las disposiciones del APPI; la acción interpuesta ante los jueces chilenos se funda en el derecho chileno y, en concreto, en las disposiciones del Código Civil relativas a la restitución.

⁴⁴¹ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 130.

497. El Tribunal concluye, por tanto, que la opción irrevocable prevista en el artículo 10.2 del APPI no fue ejercida cuando las partes demandantes interpusieron ante el Tribunal de arbitraje su demanda complementaria en relación con la denegación de justicia.
498. Al no haber ejercido las partes demandantes la opción irrevocable, es inútil preguntarse por la posible aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a la cláusula de arreglo de diferencias del APPI.

D. Conclusión

499. En resumen, el Tribunal de arbitraje ha constatado que se halla, efectivamente, ante una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI, y que las partes han consentido por escrito someter al Centro dicha diferencia. Además, el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que, al haber renunciado de forma válida a su nacionalidad chilena antes de otorgar su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje, el Sr. Pey Casado es un “*nacional de otro Estado Contratante*” de acuerdo al artículo 25(2)(a) del Convenio en las fechas críticas.
500. En consecuencia, el Tribunal de arbitraje tiene que rechazar la excepción que ha presentado la Demandada y admitir su competencia para decidir sobre el fondo del diferendo en lo que respecta a la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.

V. LA COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE

501. La siguiente cuestión que se va a examinar, habida cuenta de las exposiciones y de las conclusiones respectivas de las partes, es la de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en relación con la segunda parte demandante, la Fundación Presidente Allende (o “*Fundación*”).⁴⁴²

⁴⁴² Las Demandantes han planteado que la Demandada, no objetó, durante los seis meses posteriores a haber conocido de la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, la legitimación de la Fundación Presidente Allende para interponer una demanda, y que la legitimación de la Fundación no figuraba entre los motivos alegados en la carta que envió Chile al Secretario General del CIADI el 18 de marzo de 1998, en la que Chile solicitaba al CIADI que no registrara la solicitud por falta de jurisdicción del Centro (véase Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 120; el Memorial de las Demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 27). En respuesta a la misma, la Demandada sostenía que no existe obligación alguna de plantear la falta de legitimación activa dentro el plazo alegado y que, en cualquier caso, Chile la habría planteado más tarde, en una carta dirigida al CIADI el 5 de mayo de 1998 (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p.

502. Antes de entrar a analizar si se cumplen los requisitos relativos a la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje, cabe recordar brevemente los hechos relativos a la creación,⁴⁴³ y actividad de la Fundación Presidente Allende.

A. Resumen de los hechos

503. La Fundación Presidente Allende se creó el 16 de enero de 1990 mediante una acta notarial firmada en Madrid. El notario, Sr. Jaime García Rosado y García, menciona que comparecieron ante él los Sres. Juan Enrique Garcés Ramón (con poderes que le otorgaron los Sres. Pey Casado el 6 de octubre de 1989⁴⁴⁴ y Gonzalo-Óscar Marten García, Ministro de Planificación Nacional de Chile entre noviembre de 1970 y septiembre de 1973) y Óscar Soto Guzmán (médico personal del Presidente Allende), con el fin de crear la Fundación Presidente Allende como fundación cultural de derecho privado y sin ánimo de lucro. La Fundación estableció su domicilio en la calle Alfonso XII de Madrid y se creó con una duración indefinida.⁴⁴⁵

504. Según lo dispuesto en el artículo 3 de los Estatutos de la Fundación, su objetivo es “promover las libertades y derechos culturales, cívicos, democráticos, sociales y económicos del pueblo de Chile y de los pueblos hispanoamericanos, en coherencia con los valores y los ideales sustentados por Salvador Allende”.⁴⁴⁶

505. El capital de la Fundación está compuesto de diversos elementos: un millón de pesetas donado por el Sr. Garcés Ramón, cien mil pesetas aportadas por el Sr. Martner García y un 90% de haberes de varias sociedades que aporta el Sr. Pey Casado “*en su condición de propietario de las acciones sociales, del patrimonio y derechos de cualquier*

121). El Tribunal constata que las Demandantes no han derivado consecuencias procesales del supuesto término dentro del cual la Demandada planteó la excepción de incompetencia relativa a la Fundación Presidente Allende y que, en concreto, no ha afirmado la inadmisibilidad de dicha excepción sobre esa base. En cualquier caso, la legitimación activa de la Fundación Presidente Allende para interponer acciones judiciales se planteó detalladamente, a más tardar en el primer Memorial de incompetencia de la Demandada, del 20 de julio de 1999.

⁴⁴³ Ya mencionado en la parte correspondiente a los Hechos del presente laudo.

⁴⁴⁴ El señor Pey Casado le había otorgado un poder el 6 de octubre de 1989 al señor Marten García, con el propósito de crear la dicha fundación ante notario en Miami. Véase el Anexo C-7 a la contestación al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, del 18 de septiembre de 1999.

⁴⁴⁵ Ídem

⁴⁴⁶ Ídem

naturaleza".⁴⁴⁷ Dichas sociedades se encuentran definidas en el artículo 11 de los Estatutos como sigue: “‘*Consortio Publicitario y Periodístico S. A.*’, *constituida por escritura de 3 de agosto de 1967, ante el Notario de Santiago de Chile D. Rafael Zaldivar D., con sede en Santiago de Chile, ‘Empresa Periodística Clarín Ltda.*’, *constituida en Chile en 1955, con sede en Santiago de Chile, adquiridas por compra* [por parte del Sr. Pey Casado] *a D. Darío Sainte-Marie Soruco efectuada en 1972*”.⁴⁴⁸

506. En lo que respecta los aportes del Sr. Pey Casado a la Fundación, al parecer el Sr. Pey Casado firmó el acta de transferencia y la de aceptación ante un notario de los Estados Unidos el 6 de febrero de 1990, actuando en su doble calidad de Presidente de la Fundación y de ciudadano español.⁴⁴⁹ Dicho acta fue inscrito en el registro pero la donación fue aceptada por la Fundación en el Ministerio Español de Cultura el 14 de diciembre de 1994,⁴⁵⁰ dos semanas después de que entrara en vigor la ley 30/1994,⁴⁵¹ que exonera a las fundaciones de los impuestos debidos por las donaciones realizadas a su favor (artículo 65).⁴⁵²
507. Una orden ministerial del 27 de abril de 1990⁴⁵³ aprobó, clasificó y registró la Fundación. Dicha orden transcribía literalmente, de conformidad con la legislación que regulaba las fundaciones mencionadas en la orden, los datos que figuraban en las “*escrituras de constitución de la Fundación*” del 11 de enero anterior, y entre ellos el capital de la Fundación, limitado a 1,1 millones de pesetas.
508. De acuerdo con la Demandada, en 1995 y 1996 las actividades de la Fundación consistieron fundamentalmente en seguir los procedimientos judiciales y/o políticos que se hallaban en curso en Chile, especialmente ante el Parlamento chileno, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos patrimoniales cedidos a la Fundación, y en interponer

⁴⁴⁷ Ídem

⁴⁴⁸ Ídem

⁴⁴⁹ Véase Anexo 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁵⁰ Anexo 9 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁴⁵¹ Boletín Oficial del 25 de noviembre de 1994.

⁴⁵² Véase la tabla cronológica de los hechos relacionados con la competencia y el fondo del asunto, del 11 de septiembre de 2002, p.14.

⁴⁵³ Publicada en el Boletín Oficial del 6 de julio de 1990.

acciones judiciales con el fin de obtener del Poder Judicial chileno una indemnización por los daños sufridos desde 1973.⁴⁵⁴

509. La Fundación pone de presente asimismo las múltiples actividades, judiciales, políticas y culturales que lleva a cabo desde su creación.⁴⁵⁵ Las Demandantes sostuvieron que las acciones judiciales interpuestas por Sr. Pey Casado lo fueron en defensa de los intereses de la Fundación en virtud de los acuerdos que autorizaban tanto a la Fundación como al Sr. Pey Casado a actuar a favor del otro para la recuperación de los bienes que les habían sido confiscados.
510. La Demandada señaló que, en 1999, se modificaron diversos aspectos de los Estatutos de la Fundación, entre ellos el relativo al uso del capital en caso de disolución, y se mencionó de que el Sr. Pey Casado poseía no una doble nacionalidad, como anteriormente había declarado el mandatario del Sr. Pey Casado, sino sólo la nacionalidad española.⁴⁵⁶
511. A la luz del resumen expuesto, cabe analizar si el Centro y el Tribunal de arbitraje son competentes para pronunciarse sobre las demandas de la segunda parte demandante, Fundación Presidente Allende.

B. Cuestiones de derecho

512. Los requisitos relativos a la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje, en concreto los exigidos en el artículo 25 del Convenio CIADI, se han descrito detalladamente con anterioridad, en el contexto del análisis de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje para conocer de la demanda del Sr. Pey Casado.
513. Para que el Centro y el Tribunal de arbitraje sean competentes para conocer de la demanda interpuesta por la Fundación Presidente Allende, ésta debe justificar la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica; que dicha diferencia enfrenta a un Estado contratante y a

⁴⁵⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 191-193, y los Anexos 118, 119, 120 y 121.

⁴⁵⁵ Intervención ante el Parlamento Europeo en relación con las confiscaciones bajo el régimen militar con ocasión del acuerdo marco suscrito entre la CEE y Chile; asignación de becas a los estudiantes chilenos residentes en España; defensa de las víctimas de cualquier nacionalidad del régimen instaurado a raíz del golpe de Estado; acciones judiciales en Europa en el “*caso Pinochet*”; actuaciones ante el Parlamento español con vistas a la restitución de los bienes confiscados; etc.

⁴⁵⁶ Anexo 135 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

un nacional de otro Estado contratante; que la diferencia surge directamente de una inversión y que las partes han consentido por escrito someter la misma al Centro.

514. Tal como se ha visto en relación con la primera parte demandante, la Demandada no controvierte ni el requisito relativo a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica, ni el relativo a la calidad del Estado contratante. En cambio, las partes discrepan en cuanto al requisito relativo a la inversión, a la nacionalidad del inversionista y al consentimiento. La mayoría de los argumentos presentados por las partes en el contexto de la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje en relación de la Fundación Presidente Allende giran en torno a la validez de la cesión a esta última, por parte del Sr. Pey Casado, de la mayoría de las acciones de CPP S. A. y de EPC Ltda. y a las consecuencias que tendría dicha cesión respecto del derecho de la Fundación a interponer acciones judiciales y sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje respecto de la Fundación.

1. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI

515. El primer requisito de competencia en controversia se refiere a la inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI, en particular a la cuestión de determinar si la Fundación Presidente Allende puede considerarse como parte en un diferendo que surja “*directamente de una inversión [...]*”.

516. Si la posición de la Fundación se analizara de forma “*independiente*” y en sí misma, es decir, haciendo abstracción de la cesión de derechos realizada en su favor por el Sr. Pey Casado, cabría preguntarse si, al menos *prima facie*, la Fundación tendría el carácter de “*inversionista*”. Efectivamente, la Fundación se limitó a recibir del Sr. Pey Casado (y de otras personas) una donación (término utilizado por el abogado, Sr. Garcés), ello independientemente de los fines enunciados en sus Estatutos.⁴⁵⁷ No obstante, resulta superfluo abundar en esta cuestión, dado que el debate entre las partes se ha concentrado en la cesión por parte del Sr. Pey Casado, de una parte de sus derechos, a la Fundación.

⁴⁵⁷ A la fecha en que se interpuso la Solicitud de arbitraje, no parece que la Fundación haya contribuido a la economía chilena, y no pretende haberlo hecho, incluso si el artículo 3 de sus Estatutos se puede interpretar como asignándole unos objetivos de naturaleza esencialmente cultural, social o jurídica, que normalmente debían beneficiar a Chile. Véase, por ejemplo, la transcripción del 4 de mayo de 2000, pp. 77-78 (Sr. Garcés).

517. Determinar si la Fundación tiene la calidad de “*inversionista*” de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI depende, por tanto, de la validez y de los efectos de la cesión de derechos efectuada por la primera parte demandante y de los que se ha beneficiado, a título gratuito la Fundación.⁴⁵⁸ Esta cuestión es, en primer lugar, una cuestión de derecho privado o de derecho internacional privado, que debe distinguirse de la segunda cuestión que se va a examinar, en concreto la de los efectos, que podríamos decir es una cuestión de derecho internacional público, en lo que respecta especialmente a la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje y a la legitimación activa de la Fundación.
518. El Tribunal de arbitraje analizará sucesivamente la cuestión de la validez de la cesión (a) y la de sus efectos (b).

a) La validez de la cesión a favor de la Fundación Presidente Allende

i. *Posiciones de las partes*

519. A título preliminar, el Tribunal de arbitraje recuerda que la Demandada sostiene que, para que la Fundación pueda hacer valer sus derechos frente a la Demandada, tendría que haber obtenido de forma válida los derechos cedidos.⁴⁵⁹ Esto supondría que el Sr. Pey Casado hubiera sido el titular de los mismos, habida cuenta del principio general *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (o *nemo potest facere per alium quod per se non potest*). Según la Demandada, “*los reclamantes jamás han sido propietarios de los bienes confiscados*”.⁴⁶⁰ Incluso durante la audiencia de enero de 2007, la Demandada sostuvo la tesis de que “[...] *el Sr. Pey no era titular de ningún derecho relativo a Clarín en virtud del APPI que pudiera haber sido transferido a la Fundación Allende*”.⁴⁶¹
520. Dado que el Tribunal de arbitraje ha constatado que, contrariamente a la tesis defendida por la Demandada, el Sr. Pey Casado ha establecido su título de propiedad, resulta inútil volver a abrir dicho debate.

⁴⁵⁸ Véase el artículo 11 de los Estatutos de la Fundación, citado anteriormente.

⁴⁵⁹ Véase, por ejemplo, la transcripción de las audiencias de los días 3 y 5 de mayo de 2000 y el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 197 y ss.

⁴⁶⁰ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 13.

⁴⁶¹ Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 15 (Sr. Sánchez Castellón).

521. Sin embargo, el Tribunal debe analizar si la cesión de las acciones a la Fundación Presidente Allende por parte del Sr. Pey Casado es válida. A este respecto, la Demandada sostiene que la cesión no podía ser válida, habida cuenta de la falta de consentimiento por parte de Chile. Según la Demandada, el derecho internacional no permite una cesión de intereses de ese tipo sin el consentimiento del Estado.⁴⁶²
522. Además, la Demandada ha sostenido que la cesión de las acciones de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda. por parte del Sr. Pey Casado a la Fundación constituye un “*fraude a la ley*” cometido con el único fin de permitir que una parte extranjera invoque los derechos de dichas sociedades ante un Tribunal CIADI. En particular, la Demandada argumenta que “[...] tanto los intentos de desnacionalización como la cesión a la Fundación ‘Presidente Allende’ de los eventuales ‘derechos dimanantes de la confiscación’ se han hecho con el solo objeto de conectar esta situación con una nacionalidad extranjera y así otorgarle, fraudulentamente, competencia al Centro”.⁴⁶³
523. Por su parte, las Demandantes han mantenido (sin ofrecer un análisis completo sobre el tema) que “la donación efectuada por el inversionista en favor de la Fundación era válida conforme al derecho español (y en el derecho internacional privado chileno) [...]”⁴⁶⁴, que una transmisión del crédito como aquella “tiene lugar por mero consentimiento sin otra formalidad que la que impone la naturaleza de las operaciones que le sirven de causa” y que, en concreto, “[p]uede hacerse válidamente sin que el deudor tenga conocimiento previo de ello, e inclusive contra su voluntad”.⁴⁶⁵
524. En lo que se refiere a la alegación de “*fraude a la ley*”, las Demandantes respondieron que Chile no había demostrado la existencia de ningún fraude y que “[l]a cesión de los derechos del Sr. Pey Casado tuvo lugar en 1989 y 1990 [...], es decir, antes de la firma del Tratado bilateral de 1991, lo que se explica dada la calidad humana del Sr. Pey Casado,

⁴⁶² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 198 y ss., 203. La Demandada ha señalado, para apoyar su argumento, que el Sr. Pey Casado no había mencionado la cesión en Chile y que, por consiguiente, la Demandada no estaba al corriente de la misma.

⁴⁶³ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 127. Véase también la transcripción de la audiencia del 3 de mayo de 2000, pp. 55 y ss. (Sr. Mayorga).

⁴⁶⁴ Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 26. Véase también la Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 148 y 149.

⁴⁶⁵ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 150 a 152.

*su avanzada edad y su vinculación a su país, España. Esta cesión fue totalmente independiente de la instancia presente”.*⁴⁶⁶

ii. *Conclusiones del Tribunal*

525. En opinión del Tribunal, la Fundación ha demostrado que poseía el 90% de las acciones de CPP S. A.,⁴⁶⁷ que éstas le fueron cedidas por el Sr. Pey Casado mediante escrituras otorgadas entre el 6 de octubre de 1989 y el 27 de mayo de 1990.⁴⁶⁸ Dicha transmisión se perfeccionó en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, el 27 de abril de 1990.⁴⁶⁹
526. Tal como ha afirmado anteriormente el Tribunal, el 16 de enero de 1990, mediante poder otorgado por el Sr. Pey Casado el 6 de octubre de 1989 se creó la “*Fundación Presidente Allende*”, en virtud del derecho español y con sede en España.⁴⁷⁰ El 6 de febrero de 1990, el Sr. Pey Casado compareció ante notario en Miami y, actuando en nombre de la Fundación española y con los plenos poderes que confiere el artículo 6 de los Estatutos al presidente de la Fundación,⁴⁷¹ firmó por una parte un contrato de cesión irrevocable, y, por otra, la aceptación de la cesión con respecto al “*patrimonio, títulos, derechos y créditos de cualquier naturaleza dimanantes de los contratos privados de compraventa que el CEDENTE celebró en 1972 con D. Darío Sainte-Marie Soruco, por el que este último vendió, y D. Victor Pey Casado compró el cien por ciento de las acciones [de CPP S. A. y de EPC Ltda.]*”.⁴⁷²

⁴⁶⁶ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 22. Véase también la transcripción de la audiencia del 4 de mayo 2000, pp. 101 y 102 (Sra. Malinvaud).

⁴⁶⁷ Anexos 6 a 9, 17 y 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁶⁸ Anexo 9 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997; Anexos 17 y 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁶⁹ Condición establecida en las escrituras de cesión del 6 de octubre de 1989, Anexo 17 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁷⁰ Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁷¹ “Artículo 6: El Consejo de Fundadores y, en su nombre, el Presidente, ejercerá las atribuciones reservadas a la Dirección, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 9, sección 3 de la Reglamentación de las Fundaciones Culturales Privadas (Decreto 2930/72 de 21 de julio de 1972), a partir de la fecha de inscripción de la Fundación en el Registro y hasta tanto no se haya realizado la designación y el nombramiento de la totalidad de los miembros de la Dirección”.

⁴⁷² Anexo 18 al Memorial de la parte demandante del 17 de marzo de 1999.

527. En virtud de la cláusula 2 del contrato de cesión, “[I]a cesión descrita en el punto anterior abarca los derechos de dominio del CEDENTE sobre el noventa por ciento (90%) de la acciones de las citadas empresas subrogándose el CESIONARIO en el lugar que ocupaba el CEDENTE en el primitivo contrato [...]”.
528. En opinión del Tribunal de arbitraje, de acuerdo con el derecho aplicable a la cesión (sea éste el español, chileno u otro), el consentimiento del deudor cedido no es necesario (y no se ha demostrado lo contrario en el presente procedimiento⁴⁷³). Cabe, de paso, señalar que la notificación de la cesión del crédito al deudor no tiene otro alcance sino el de obligarle respecto del nuevo acreedor.⁴⁷⁴
529. Además, el Tribunal de arbitraje no está convencido por el argumento de la Demandada según el cual la cesión de derechos por parte del Sr. Pey Casado a favor de la Fundación Allende constituye un “*fraude a la ley*”. Como han sostenido las Demandantes, el hecho de que la cesión se produjera en 1989 y 1990, antes de la entrada en vigor del APPI y siete años antes de iniciarse la presente instancia, demuestra que la cesión no guarda relación con la misma. En opinión del Tribunal de arbitraje, la Demandada no ha conseguido probar que dicha transacción tenga carácter fraudulento, o incluso que tenga relación con la presente instancia.
530. En conclusión, la cesión debe considerarse válida y oponible a la Demandada.
- b) Los efectos de la cesión sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje
531. Se debe determinar entonces qué efectos tiene dicha cesión y, en concreto, si la misma confiere el carácter de inversionista a la Fundación Presidente Allende de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI. En otras palabras, el Tribunal de arbitraje debe establecer si el cedente, Sr. Pey Casado, se limitó a ceder a la Fundación únicamente derechos e

⁴⁷³ A pesar de la posición del experto consultado por la parte demandada, Profesor Dolzer, quien, en su informe experto del 3 de febrero de 2003, afirma que “*unless Chile agreed to the assignment (assuming all jurisdictional requirements were met), the Tribunal cannot have jurisdiction over the claim presented by the President Allende Foundation*” (p. 33), ello sin desarrollar las fuentes de esta parte de su argumentación.

⁴⁷⁴ Véase en este contexto el artículo 1.527 del Código Civil español, según el cual: “*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*”; el artículo 1.902 del Código Civil chileno establece: “*La cesión [de derechos de un crédito personal] no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste*”. Traducción libre de las Demandantes, citada en su Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 150 y 151.

intereses que podrían denominarse “*materiales*” en ambas sociedades, CPP S. A. y EPC Ltda., como, por ejemplo, derechos de propiedad sobre los bienes o intereses cedidos, o si además cedió, al mismo tiempo y por esa razón, e incluso necesariamente, derechos de carácter “*procesal*” contra la República de Chile, como el derecho a interponer acciones judiciales y recurrir al arbitraje.

i. *Posiciones de las partes*

532. De acuerdo con las Demandantes, la cesión de las acciones implica una cesión de la calidad de inversionista. En apoyo de esta afirmación, las Demandantes remiten al Tribunal de arbitraje al caso *Amco Asia c. Indonesia*, en el cual el Tribunal decidió que “[...] *the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally*”.⁴⁷⁵ Además, alegan que “*la doctrina admite el acceso al arbitraje del CIADI en un supuesto de cesión voluntaria de derechos de un inversor que es persona física*”.⁴⁷⁶ Según las Demandantes “*siendo la donación efectuada por el inversor a favor de la FUNDACIÓN válida conforme al Derecho español (y el derecho internacional privado chileno), la Fundación posee la legitimación activa como titular de los derechos lesionados*”.⁴⁷⁷
533. Las Demandantes señalan, además, que el derecho de la Fundación Presidente Allende para interponer acciones judiciales sobre la base de violaciones a la inversión realizada por el Sr. Pey Casado estaría previsto en los documentos de constitución de la Fundación. El 14 de diciembre de 1994, el Consejo de Fundadores de la Fundación Allende habría decidido que toda reclamación relativa a la indemnización de los derechos y créditos provenientes de la inversión de 1972 podía ser interpuesta indistintamente por la

⁴⁷⁵ Citado por las Demandantes en su Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 129; véase también el Memorial de las Demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 32; Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 154 y 155.

⁴⁷⁶ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 4. Véase también el Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, pp. 26 a 29; Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, pp. 40-50, en el que las Demandantes hacen referencia al laudo CCI en el caso 2626 en apoyo de su tesis de que el convenio de arbitraje es vinculante para los “*cesionarios y todos quienes asumieron obligaciones*”.

⁴⁷⁷ Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 26.

Fundación o el Sr. Pey Casado.⁴⁷⁸ En virtud de este argumento, las Demandantes sostienen que :

*“El Consejo de Fundadores de la Fundación ‘Presidente Allende’ acordó el 14 de diciembre de 1994, que toda reclamación relativa a la indemnización de los derechos y créditos derivados de la inversión de 1972, en el sentido establecido en el Acuerdo bilateral entre España y Chile de 1991, pueden formularla indistintamente la propia Fundación y D. VICTOR PEY CASADO (véase el Anexo 3 a nuestra comunicación al Centro del 15 de diciembre de 1997)”.*⁴⁷⁹

534. En respuesta a las objeciones planteadas por la Demandada, según las cuales las declaraciones del Consejo de Fundadores de la Fundación Allende constituyen acuerdos internos no oponibles a Chile,⁴⁸⁰ las Demandantes han manifestado que *“ese documento no es un acto privado que le sería inoponible. Esta resolución ha sido inscrita el 29 de septiembre de 1997 con el número 3.042, en los archivos de D. Luis Sánchez Marco, notario de Madrid, etc (...)”.*⁴⁸¹
535. La Demandada, por su parte, sostiene que el carácter de inversionista no le fue conferido a la Fundación Presidente Allende en virtud de la cesión realizada en su favor y que por consiguiente la Fundación no efectuó ninguna inversión, no habiendo realizado pago alguno a cambio de los derechos que le fueron cedidos.⁴⁸²
536. Además, según la Demandada, para que la cesión transmita la calidad de inversionista y el derecho a interponer acciones judiciales a la Fundación Presidente Allende, el Sr. Pey Casado debería haber cumplido él mismo las condiciones relativas a la competencia, y en concreto, *“si el señor Pey no cumple con las condiciones de nacionalidad contenidas en el Tratado bilateral, únicamente ha podido transmitir a la Fundación Presidente Allende*

⁴⁷⁸ Memorial de las partes demandantes, del 17 de marzo de 1999, p. 36; Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, pp. 119 y 125.

⁴⁷⁹ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 119.

⁴⁸⁰ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 116 y 117.

⁴⁸¹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 22-23.

⁴⁸² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203, en el que la parte demandada alega: “Además, cabe señalar que en ausencia de la condición conferida de ‘inversionista’ en virtud de la supuesta cesión, la Fundación Presidente Allende no tiene legitimidad propia como ‘inversionista’ porque no ha realizado una ‘inversión’ en Chile. No consta que la Fundación Presidente Allende haya realizado ningún pago a cambio de los derechos que supuestamente le fueron cedidos. Tampoco hay evidencia de ninguna transferencia de capitales hacia Chile por parte de la Fundación Presidente Allende”.

derechos que no estaban cubiertos por las protecciones previstas en el Tratado bilateral y, al parecer, cabría, asimismo, a este respecto deducir las consecuencias”.⁴⁸³ Invocando el principio de derecho *nemo dat quod non habet* (o *nemo potiore postest transfere quam ipse habet*), la Demandada alega que “en 1990, el Sr. Pey no tenía ningún derecho de reclamación bajo el APPI Chile-España (y mucho menos un derecho para demandar en virtud de la Convención del CIADI) y, en consecuencia no podía ni puede ceder a la Fundación Presidente Allende ningún derecho de esa naturaleza”.⁴⁸⁴ La Demandada resumió este argumento de forma muy sucinta durante la audiencia del 29 de octubre de 2001: “Este Tribunal no posee competencia para conocer la petición del Sr. Pey Casado ni tampoco para conocer la petición de la Fundación Presidente Allende”.⁴⁸⁵

ii. Conclusiones del Tribunal

537. En opinión del Tribunal de arbitraje, la Fundación Presidente Allende obtuvo la calidad de “inversionista” en virtud de la cesión de las acciones realizadas a su favor por la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.
538. Mediante la cesión de las acciones, válida en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, 27 de abril de 1990, el Sr. Pey Casado transmitió una parte de los derechos derivados de la inversión a favor de la Fundación.⁴⁸⁶
539. El Tribunal de arbitraje comparte el punto de vista expresado por el Tribunal de arbitraje en el caso *Amco Asia c. Indonesia*, el cual, al analizar la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en relación con una de las Demandadas, *Pan American*, decidió que ésta había adquirido el carácter de inversionista de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI mediante la cesión de acciones por parte del inversionista original, *Amco Asia*. Tal como han señalado las Demandantes en varias ocasiones durante el presente procedimiento, el Tribunal de arbitraje en el caso *Amco Asia* falló que:

⁴⁸³ Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 159, párrs. 4 a 9 (Sr. Leurent).

⁴⁸⁴ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 197 a 202; véase también el informe experto del Profesor Rudolf Dolzer, presentado por la parte demandada en apoyo de su Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 30 a 32.

⁴⁸⁵ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 9 (Sr. Goodman).

⁴⁸⁶ Condición prevista en las escrituras de cesión del 6 de octubre de 1989, Anexo 17 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

“[...] the right acquired by Amco Asia to invoke the arbitral clause is attached to its investment, represented by its shares in PT Amco, and may be transferred with those shares. [...]

*[...] the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally. As a result, the right to invoke the arbitration clause is transferred with the transferred shares, whether or not the same constitute a controlling block, being it understood that for such a transfer of the right to take place, the government’s approval is indispensable”.*⁴⁸⁷

540. Aunque la competencia del Tribunal CIADI en el caso *Amco Asia* se basaba en un convenio de arbitraje clásico, y no en un APPI, el mismo principio es aplicable en el presente caso.

541. Las partes demandantes se han referido igualmente, y con razón, al laudo del Tribunal de arbitraje CIADI en el caso *FEDAX N.V. c. República de Venezuela*,⁴⁸⁸ que se declaró competente en un caso en el que tuvo lugar una cesión de titularidad de pagarés (“*promisory notes*”). Considerando que dichos instrumentos eran “*eminently negotiable instruments in the secondary market*”, el Tribunal decidió que:

*“In such a situation, although the identity of the investor will change with every endorsement, the investment itself will remain constant, while the issuer will enjoy a continuous credit benefit until the time the note becomes due. To the extent that this credit is provided by a foreign holder of the notes, it constitutes a foreign investment which in this case is encompassed by the terms of the Convention and the Agreement, [...].”*⁴⁸⁹

542. La Demandada objetó que dicha regla no podría aplicarse al caso presente, puesto que, contrario a lo ocurrido en los hechos del caso *FEDAX N.V. c. República de Venezuela*, la Fundación Presidente Allende no realizó ningún pago a cambio de los derechos que le fueron cedidos.⁴⁹⁰ En opinión del Tribunal, el hecho de que, en el presente caso, el Sr. Pey

⁴⁸⁷ *Amco Asia Corporation et al. c. République de l’Indonésie*, caso CIRDI n° ARB/81/1, laudo sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports (1993), p. 389, 403; JDI 202, 1986.

⁴⁸⁸ Laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, JDI 278.1999.

⁴⁸⁹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, caso CIADI n° ARB/96/3, Laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, Anexo D5 a la Réplica, párr. 40.

⁴⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203, nota 613: “Esta es una diferencia importante con respecto a la situación de Fedax v. Venezuela, donde el Tribunal calificó la cesión

Casado haya cedido las acciones en virtud de una donación no cambia el hecho de que la Fundación ha obtenido la calidad de inversionista mediante dicha cesión. Mientras la cesión de acciones que constituyen la inversión inicial sea válida (tal y como confirmó el Tribunal en el presente caso), ésta confiere la calidad de inversionista al cesionario.⁴⁹¹

543. Además, contrariamente a lo sostenido por la Demandada, el hecho de que el APPI no estuviera vigente en el momento de la cesión no afecta en nada a la conclusión de que la Fundación obtuvo la calidad de “*inversionista*” en virtud de dicha cesión. La cesión de acciones realizada por el Sr. Pey Casado no constituía una cesión de “*derecho de reclamación*” o de “*derecho de demanda*” (términos empleados por la Demandada), sino de la calidad de “*inversionista*”. El presente caso no genera el problema que se planteaba en el caso *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, que la Demandada invoca en apoyo de su excepción de incompetencia,⁴⁹² en el que, según el resumen hecho por la Demandada, “*una empresa canadiense había cedido sus derechos a una empresa estadounidense en un intento de superar el obstáculo jurisdiccional que presentaba el hecho que Canadá no fuera parte de la Convención CIADI (mientras que Estados Unidos sí lo era)*”. En efecto, lo que pretendía el Tribunal de arbitraje en el caso *Mihaly* era evitar una cesión de un derecho (incompleto) de reclamación - por una parte que no cumplía los requisitos de competencia que establece el CIADI - a otra parte que sí los cumplía.⁴⁹³ Este problema no existe en el presente caso, pues el Sr. Pey Casado cumplía los requisitos de

de pagarés como una inversión porque el cesionario había adquirido los pagarés, por los cuales más tarde reclamó”.

⁴⁹¹ En este contexto, el Tribunal de arbitraje señala, además, que, en el presente caso, el contrato de cesión entre el Sr. Pey Casado y la Fundación Allende preveía de forma expresa que uno de los objetivos de la cesión era permitir que la Fundación Presidente Allende presentara reclamaciones relacionadas con las confiscaciones efectuadas en Chile en septiembre de 1973. Véase el Anexo 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁹² Véase el Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 198 a 201. Informe experto del Profesor Rudolf Dolzer, presentado por la parte demandada en apoyo de su Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 30 a 33.

⁴⁹³ Véase *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, caso CIADI N°ARB/00/2, fallo del 15 de marzo de 2002, párr. 24, en el que el Tribunal de arbitraje describe lo siguiente: “[...] if *Mihaly (Canada)* had a claim which was procedurally defective against *Sri Lanka* before ICSID because *Mihaly (Canada)*’s inability to invoke the ICSID Convention, *Canada* not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to *Mihaly (USA)*. To allow such an assignment to operate in favour of *Mihaly (Canada)* would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment”.

competencia y no tenía ninguna necesidad de “*esquivar*” ninguna carencia al respecto transfiriendo su inversión a la Fundación.

544. Dicho esto, es cierto que, como sostiene la Demandada, la cesión de las acciones no ha hecho más que transmitir la calidad de inversionista a la Fundación, y no por ello, ni necesariamente, el derecho de reclamación. Para decidir acerca de las excepciones de incompetencia presentadas por la Demandada respecto de la Fundación Presidente Allende, el Tribunal de arbitraje debe, por lo tanto, analizar si la Fundación Presidente Allende cumple los demás requisitos requeridos tanto en el Convenio CIADI como en el APPI respecto de la competencia del Tribunal de arbitraje. En el presente caso, esto se refiere concretamente a los requisitos relativos a la nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI, así como al consentimiento otorgado por las partes para recurrir al arbitraje CIADI para resolver su diferendo.

2. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI

545. En lo que respecta al requisito de nacionalidad, no existe duda sobre el hecho de que la Fundación posee la nacionalidad española, y únicamente ésta nacionalidad. Además, puesto que el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que el Sr. Pey Casado renunció de forma válida a su nacionalidad chilena, no cabe plantearse las cuestiones de cambio de la nacionalidad de la demandante y del principio de la continuidad de la nacionalidad,⁴⁹⁴ que fueron planteadas por las partes.⁴⁹⁵

546. No obstante, no es conveniente limitarse exclusivamente a esta única determinación, sino analizar si, de manera más general, se cumplen los requisitos relativos a la nacionalidad de la segunda parte demandante requeridas por el artículo 25 del Convenio CIADI. El artículo 25(2) establece que “*nacional de otro Estado Contratante*” significa, entre otras cosas:

⁴⁹⁴ En cualquier caso, el Tribunal de arbitraje estima que el principio de la continuidad de la nacionalidad, originado en el derecho a la protección diplomática, no puede aplicarse en este caso ni en el contexto de los arbitrajes de inversión.

⁴⁹⁵ Con respecto a la posición de las Demandantes, véase la Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 157 y ss. La Demandada extrajo dos conclusiones acerca del fundamento del principio de la continuidad de la nacionalidad: si debía considerarse que la primera parte demandante, Sr. Pey Casado, poseía la nacionalidad chilena, se podría plantear la cuestión de la oponibilidad a la República de Chile de la cesión de sus derechos e intereses (entre ellos, los derechos procesales) a una persona jurídica española, la Fundación Presidente Allende. En cambio, si se consideraba que no tenía la nacionalidad chilena, sino exclusivamente la nacionalidad española, entonces, evidentemente, la cuestión de un cambio de la nacionalidad de la Demandante no se plantearía.

“(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

547. Sin embargo, la Demandada alega que, si bien los Estatutos de la Fundación establecen claramente que la nacionalidad de dicha persona jurídica es la española, sólo uno de los tres fundadores poseía la nacionalidad española (el Sr. Garcés), ya que el segundo (el Sr. Martner) era exclusivamente chileno y el tercero, el Sr. Pey Casado, aparecía descrito como doble nacional. Respecto al capital de la Fundación, una parte del mismo es chilena y otra parte es extranjera. Según la Demandada, resulta dudoso que la Fundación tuviera la nacionalidad española, puesto que está *“controlada por un directorio, cuyos miembros son en su mayoría nacionales chilenos, y que el propósito declarado de la Fundación Presidente Allende es presentar demandas relativas a supuestas confiscaciones del Gobierno chileno a partir del 11 de septiembre de 1973, y beneficiar al pueblo chileno”*.⁴⁹⁶
548. Podría plantearse entonces la cuestión de establecer cuáles son los criterios que determinan la *“nacionalidad”* de la persona jurídica, cuestión que ha sido objeto de numerosas publicaciones, controversias y jurisprudencias en diferentes ámbitos (derecho internacional privado, derecho internacional público, por ejemplo protección diplomática, nacionalizaciones, condición de los extranjeros, etc.). Los criterios propuestos o adoptados para determinar dicha *“nacionalidad”*-que no necesariamente son los mismos dependiendo del ámbito de que se trate- son principalmente el lugar de la constitución y el de la sede social establecida en los estatutos, el de la sede real o efectiva o la del centro administrativo, así como (en algunos ámbitos) el del control. En el ámbito de la protección diplomática -que, como se recordará, es ajeno a la cuestión aquí examinada, de acuerdo al Convenio CIADI-, la Corte Internacional de Justicia, en el famoso caso *Barcelona Traction, Light & Power, Limited*,⁴⁹⁷ descartó la posibilidad de *“levantar el velo corporativo”* para determinar la nacionalidad de la sociedad considerando la de los

⁴⁹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203.

⁴⁹⁷ 2ª fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, C.I.J., Repertorio 1970.

accionistas. En el presente caso, no existe dicho “*velo*”. La composición de los órganos de la Fundación está inscrita en el Registro del Ministerio español de Cultura, que es de acceso público, según la legislación relativa a las Fundaciones sometidas a la protección del Estado que consta en el expediente.

549. El criterio de la nacionalidad fue adoptado en el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y, por consiguiente, aplicado por los Tribunales de arbitraje CIADI.⁴⁹⁸ Así pues, en el caso *SOABI c. Senegal* el Tribunal de arbitraje consideró lo siguiente: “*As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality*”⁴⁹⁹ (y no el criterio de la nacionalidad de los accionistas, salvo en circunstancias excepcionales). Asimismo, en el caso *Amco Asia c. Indonesia*,⁵⁰⁰ el Tribunal de arbitraje correctamente decidió: “*the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat...*”, al tiempo que indicaba que las partes contratantes pueden prever excepciones (tal como se establece en el artículo 25 para. 2 *in fine* del Convenio CIADI).
550. Por consiguiente, la Fundación Presidente Allende, habiendo sido constituida y al tener su sede en España, cumple evidentemente el requisito de nacionalidad de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI.

3. El requisito del consentimiento

551. En lo que respecta al requisito del consentimiento, las Demandantes sostienen que, para el sucesor o el cesionario de una inversión, no es necesario⁵⁰¹ el consentimiento escrito a la jurisdicción del Centro. Una vez que el inversionista ha dado su consentimiento, dicho consentimiento extiende al cesionario la facultad de ser parte en el procedimiento arbitral.

⁴⁹⁸ Christoph H. Schreuer, «*Commentary*», ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1997, 59, p. 82.

⁴⁹⁹ Caso N°ARB/82/1, laudo sobre competencia de 1 de agosto de 1984, ICSID Report 175-2, pp. 180 y 181.

⁵⁰⁰ Caso N°ARB/81/1, laudo sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Report 396; cf. Schreuer op. cit., ICSID Review Foreign Investment Law Journal 12, 1997, 59, pp. 120 y 121.

⁵⁰¹ Solicitud de arbitraje, p. 4: “La doctrina admite el acceso al arbitraje del CIADI en un supuesto de cesión voluntaria de derechos de un inversor que es persona física”; Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, p. 26-27; respuesta de las Demandantes al Memorial de incompetencia presentado por la Demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 131-132; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 22, y transcripción de la audiencia de 4 de mayo de 2000, pp. 79-80 (Sr. Garcés).

Las Demandantes también se han referido a la declaración del Sr. Pey Casado con fecha 2 de octubre de 1997⁵⁰² en la que el Sr. Pey Casado manifiesta expresamente su consentimiento en nombre de la Fundación⁵⁰³ (en calidad de Presidente y miembro del Directorio de la misma). Además, en cualquier caso, aunque no era necesario consentimiento alguno por parte de la Fundación, esta última habría otorgado formalmente su consentimiento el 6 de octubre de 1997⁵⁰⁴

552. La Demandada sostiene que Chile no había aceptado el arbitraje relativo a la demanda de la Fundación Allende. Además, la Fundación tampoco habría dado su consentimiento de acuerdo con la forma establecida en el Convenio CIADI⁵⁰⁵ (de lo que se trata básicamente es del argumento relativo a la supuesta ausencia de consultas amistosas, argumento que el Tribunal de arbitraje examinará en la parte “*Inadmisibilidad de la demanda*” que figura más adelante).
553. Según el Tribunal de arbitraje, está claro que la Fundación Presidente Allende consintió al arbitraje (salvo en lo respecto a la rotativa Goss) el 6 de octubre de 1997.⁵⁰⁶
554. Dado que la parte demandada otorgó su consentimiento al arbitraje en virtud del APPI, hay que verificar si se cumplen los requisitos de aplicación del APPI.

a) El requisito de inversión de acuerdo al APPI

555. La primera cuestión que hay que examinar, es la de determinar si la Fundación Presidente Allende posee el carácter de inversionista conforme al APPI. Como afirmó en este procedimiento el Profesor Dolzer:

“Unlike a commercial contract, a BIT is a treaty between States containing the host State’s a priori consent to resolve by international arbitration disputes with a strictly circumscribed group of persons, described in the Chile-Spain BIT as ‘l’investisseur de l’autre Partie.’ If

⁵⁰² Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁰³ Respuesta de las partes demandantes al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 120-121.

⁵⁰⁴ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 4; Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 32; respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 120-121, y Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 21.

⁵⁰⁵ Memorial de contestación sobre la incompetencia de 27 de diciembre de 1999, pp. 116-119.

⁵⁰⁶ Ver el anexo 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

the claimant does not fall within this group, its claim simply is not covered by the host State's consent".⁵⁰⁷

556. Cabe recordar que el artículo 1.2 del APPI consagra un concepto muy amplio del término “*inversión*”, estipulando lo siguiente:

“Por ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

Acciones y otras formas de participación en sociedades. [...]”

557. A la luz de esta amplísima definición, que incluye “*todo tipo de haberes*”, y considerando que el APPI estipula expresamente que las “*acciones y otras formas de participación en sociedades*” constituyen una “*inversión*”, la Fundación Presidente Allende puede considerarse, según el Tribunal de arbitraje, como “*inversionista*” en virtud del APPI, y ello incluso examinando la posición de la Fundación de manera “*independiente*” y en sí misma, es decir, haciendo abstracción de la cesión de derechos realizada en su favor por el Sr. Pey Casado. El mero hecho de ser propietaria de acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. justifica la calidad de inversionista de la Fundación.⁵⁰⁸

558. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que, en cualquier caso, la Fundación Allende obtuvo la calidad de inversionista gracias a la cesión, por parte del inversionista inicial, Sr. Pey Casado, de gran parte de su inversión. A este respecto, las reglas que el Tribunal de arbitraje estableció respecto del concepto de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI son aplicables. Habida cuenta del amplio alcance de la redacción del APPI, no se justificaría una interpretación más estricta. En particular, el APPI no

⁵⁰⁷ Opinión en Derecho del Profesor Rudolf Dolzer, presentada por la Demandada en apoyo de su Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003, p. 44.

⁵⁰⁸ El artículo 1.1 del APPI no excluye de la definición de inversionista a las personas jurídicas que desempeñan actividades sin ánimo de lucro, y las partes demandantes invocaron la cláusula de la nación más favorecida de acuerdo con los APPI ratificados por Chile que definen las Fundaciones como “*inversionistas*” (por ejemplo con Alemania, artículo 4). Según esta tesis, la Fundación tiene en Chile intereses económicos, culturales, sociales y humanitarios. Por lo tanto, poseería de por sí la calidad de inversionista en virtud del artículo 1º del APPI y, a título subsidiario, de la cláusula de la nación más favorecida del APPI entre Chile y España, de acuerdo con el artículo 1.2 b) del APPI entre Australia y Chile. El argumento no puede prosperar, ya que el cumplimiento de las condiciones de aplicación del tratado en el que se basa la presentación de la acción debe constatarse incluso antes de que el inversionista pueda prevalecerse de la cláusula de la nación más favorecida.

requiere que sea el propio inversionista quien haya efectuado la inversión, lo que deja abierta la posibilidad de que una inversión (y la calidad de inversionista) pueda derivarse de una cesión por parte del inversionista inicial.

559. El Tribunal de arbitraje constata, de paso, que una solución muy similar fue aplicada por el Tribunal de arbitraje en el caso *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic* al considerar que:

“The acquired shares, including all rights and legal entitlements, are protected under the Treaty. Upon the acquisition, the Claimant’s predecessor became the owner of the investment in the Czech Republic. The Treaty does not distinguish as to whether the investor made the investment itself or whether the investor acquired the predecessor’s investment. In this respect, Article 8 of the Treaty defines an investment dispute as existing if a dispute concerns an investment of the investor. Article 1 of the Treaty clearly spells out that an investment comprises every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State, which makes it clear that the investor need not make the investment himself to be protected under the Treaty.”

560. Por estos motivos, en opinión del Tribunal de arbitraje, la segunda parte demandante cumple el requisito de inversión de acuerdo al APPI.

b) El requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI

561. El artículo 1.1 del APPI define el término “*inversionista*” como:

“[...] las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas las compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras.”

562. Por lo tanto, el APPI entre Chile y España contempla el doble criterio de constitución y sede. Dichos criterios se cumplen respecto a la Fundación Presidente Allende.

c) El requisito de aplicación *ratione temporis* del APPI

563. El Tribunal de arbitraje analizó el tema de aplicabilidad *ratione temporis* del APPI anteriormente de forma detallada y concluyó que las tres diferencias invocadas por las

partes demandantes surgieron después de la entrada en vigor del APPI. Por consiguiente, el Tribunal es competente *ratione temporis* para conocer del caso.

564. Cabe recordar brevemente que las tres diferencias en cuestión son: i) la controversia de 1995 referente a la solicitud de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A.; ii) la controversia del 2000 referente a la Decisión N° 43 y iii) la controversia del 2002 referente a la denegación de justicia alegada por las partes demandantes.
565. El Tribunal de arbitraje considera que las conclusiones, expuestas anteriormente, a las que llegó en cuanto a su competencia *ratione temporis* para conocer de las demandas de la primera Demandante también son igualmente aplicables a las demandas presentadas por la segunda Demandante, Fundación Presidente Allende. Las tres diferencias en cuestión fueron presentadas en este procedimiento por las dos Demandantes y surgieron en las mismas fechas tanto para la Fundación Allende como para el Sr. Pey Casado. Esto es evidente en lo que respecta a las diferencias del 2000 y 2002, que surgieron después del inicio del presente procedimiento. Respecto de la diferencia de 1995, relativa a la solicitud de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A., cabe recordar los siguientes hechos, que demuestran que la diferencia surgió al mismo tiempo para el Sr. Pey Casado y para la Fundación Presidente Allende.
566. El Sr. Pey Casado reivindicó el 20 de noviembre de 1995 y el 10 de enero de 1996 el 100% de los derechos de CPP S.A., lo que incluía el porcentaje cedido a la Fundación. Por lo tanto, el Ministro de Bienes Nacionales respondió el 20 de noviembre de 1995 considerando que la reclamación del Sr. Pey Casado hacía referencia a la totalidad de los bienes de CPP S.A. El Sr. Pey Casado actuó de ese modo en virtud del acuerdo del 20 de diciembre de 1994, concluido entre él y el Consejo de Fundadores de la Fundación, acuerdo protocolizado ante notario en Madrid. Este acuerdo fue comunicado al Centro el 19 de diciembre de 1997. El Tribunal de arbitraje constata que dicho acuerdo fue ejecutado. Por consiguiente:
- La Solicitud presentada por el Sr. Pey Casado en 1995 se introdujo con el acuerdo de la Fundación, ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago, para obtener la restitución

de la totalidad de los 40.000 títulos originales de CPP S.A., de su traspaso firmado en blanco y de sus justificantes de pago.⁵⁰⁹

- La Solicitud presentada por el Sr. Pey Casado se introdujo con el acuerdo de la Fundación, ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, en 1995, para reclamar la restitución de la totalidad de la importante rotativa GOSS.⁵¹⁰

567. Por estos motivos, el Tribunal considera que las conclusiones a las que llegó en cuanto a su competencia *ratione temporis* para conocer de las demandas del Sr. Pey Casado se aplican igualmente a las demandas presentadas por la Fundación Presidente Allende y que, por lo tanto, es competente *ratione temporis* para conocer de las tres diferencias invocadas por la Fundación Presidente Allende.

4. Conclusión

568. En resumen, la segunda parte Demandante estableció, a los ojos del Tribunal de arbitraje, que cumplía los requisitos establecidos respecto de la competencia tanto en virtud del artículo 25 del Convenio CIADI como en virtud del APPI. Por consiguiente, el Tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre el fondo del litigio en lo referente a la segunda parte Demandante, es decir la Fundación Presidente Allende.

VI. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA - LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONSULTAS AMISTOSAS POR PARTE DE LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE

569. Cabe mencionar brevemente un último argumento planteado por la Demandada, de manera un tanto subsidiaria, con respecto a la supuesta ausencia de consultas amistosas por parte de la Fundación Presidente Allende, consultas que, a su juicio, constituían un requisito previo a la presentación de la solicitud de arbitraje.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵¹⁰ Véanse los Anexos C-105 y C-106, así como los extractos de dicho procedimiento presentados por Chile al término de la fase oral el 5 de mayo de 2000, cuya versión francesa fue presentada tras las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001.

⁵¹¹ Véase, por ejemplo, el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 112 a 126 y 141 a 143, así como el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 204-209.

570. El argumento de la Demandada se basa en el artículo 10 del APPI que dispone lo siguiente:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el [sic.] controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. [...]”

571. Según el Tribunal de arbitraje, la objeción de la Demandada no puede ser admitida por dos razones. De hecho y en primer lugar, porque el Sr. Pey Casado intentó de varias maneras que dichas consultas se llevaran a cabo. La Demandada sostuvo a este respecto que dichas tentativas fueron realizadas por el Sr. Pey Casado “a título exclusivamente personal” y que las cartas en cuestión “no pueden utilizarse por parte de la Fundación Allende por que ni siquiera mencionó en estas cartas ese nombre”.⁵¹² Según las Demandantes, “el señor Pey Casado actuó para sí mismo y para la Fundación Allende, como siempre hizo desde la creación de la Fundación en virtud de un poder registrado y conocido”.⁵¹³

572. Según el Tribunal de arbitraje, el Sr. Pey Casado intentó mantener consultas amistosas en nombre de las dos partes demandantes. Por lo tanto, es superfluo entrar en esta discusión, ya que, en cualquier caso, visto el número y la naturaleza de las medidas (de desposesión y otras) tomadas contra el Sr. Pey Casado y la ausencia de respuesta de la Presidencia y de otras autoridades chilenas a sus demandas,⁵¹⁴ y habida cuenta de la política general del Gobierno chileno a este respecto (tanto antes como después de noviembre de 1997, fecha de presentación de la solicitud), el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende tenían todo el derecho a considerar que las consultas amistosas no tendrían ninguna posibilidad de éxito y que, sin duda alguna, estarían avocadas al fracaso (“obviously

⁵¹² Transcripción de la audiencia de 3 de mayo de 2000, p. 49 (Sr. Brower).

⁵¹³ Transcripción de 4 de mayo de 2000, pp. 102-103 (Sra. Malinvaud); véase también pp. 76-80 (Sr. Garcés).

⁵¹⁴ Véase también a este respecto la sección relativa a la denegación de justicia y a la ausencia de “tratamiento justo y equitativo” que figura más adelante.

futile”) (por utilizar aquí una fórmula clásica en materia de agotamiento de recursos internos).

573. En segundo lugar, en derecho, la objeción de la parte demandada no se puede admitir porque la exigencia de consultas previas amistosas o de intentos de conciliación (según una fórmula frecuentemente incluida tanto en los tratados bilaterales de inversión como en multitud de acuerdos que comprenden cláusulas de arbitraje) no posee, en general ni en el presente litigio, carácter obligatorio o coactivo alguno, sino más bien y solamente el carácter de una simple recomendación procesal, o incluso de una cláusula de estilo diplomático.⁵¹⁵

VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES DEL APPI

574. Antes de examinar si las alegaciones de las partes demandantes sobre las violaciones están debidamente fundamentadas, el Tribunal de arbitraje debe decidir sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI.

A. Aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI

575. Aunque los escritos y las explicaciones orales de las partes sobre este punto no siempre fueron claras, el Tribunal constata que las partes sostienen posiciones opuestas sobre las condiciones de aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI. Las Demandantes sostienen, a título principal, que basta con que la controversia entre las partes haya surgido con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último sean aplicables retroactivamente a violaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor. A título subsidiario, pretenden que las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del tratado constituyen un hecho ilícito

⁵¹⁵ Véase por ejemplo el laudo del Tribunal CIADI en el caso SGS Société Générale de Surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan, caso CIADI n° ARB/01/03, que establece que “compliance with such a requirement is...not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction.” Véase también la sentencia en el caso Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia, caso CIADI n° ARB/03/08, sentencia de 10 de enero de 2005, párrafo 32, que establece que “[...] la condición examinada no tiene carácter absoluto y debería poder ignorarse cuando resulte evidente que un intento de conciliación estará, de entrada, avocado al fracaso, debido a la actitud definitivamente manifestada por la otra parte” (traducción no oficial); y Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi S.A. c. Pakistán, caso CIADI n° ARB/03/29, laudo de 15 de noviembre de 2005, en el que el Tribunal de arbitraje “agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan’s position, the non-fulfillment of this requirement is not ‘fatal to the case of the claimant’.”

continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto cuya duración se extiende más allá de la entrada en vigor del tratado y a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas del tratado.⁵¹⁶

576. El Tribunal examinará alternativamente ambas pretensiones.

1. ¿Es suficiente el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último se apliquen con carácter retroactivo a la causa?

a) Posición de las partes

577. Después de recordar la necesidad de distinguir entre la competencia *ratione temporis* del Tribunal y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el APPI, la parte demandada plantea, en principio, que “*cualquier supuesto acto expropiatorio[sic] que hubiera tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del APPI queda fuera del ámbito de aplicación del mismo, no obstante la existencia en el APPI de una cláusula de inversiones preexistentes.*” [i.e. artículo 2.2].⁵¹⁷ Pide al Tribunal que distinga “*la aplicación retroactiva de un tratado*” de lo que ella denomina “*el aspecto retrospectivo de una obligación bajo un tratado*” y que informa las disposiciones del artículo 2.2. Así pues, la Demandada considera que el único objetivo del artículo 2.2 es prever que las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del APPI están protegidas por este último del mismo modo que las inversiones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo; el hecho de que se puedan satisfacer las condiciones del artículo 2.2 no confiere ningún efecto retroactivo al APPI.⁵¹⁸ Además, el uso del tiempo futuro en el tratado iría en contra de la aplicación de las disposiciones sustantivas a actos anteriores a su entrada en vigor.⁵¹⁹ Por último, la Demandada considera que las disposiciones sustantivas del APPI sólo podrían aplicarse a actos del Estado anteriores a la

⁵¹⁶ Véase el resumen de la argumentación de las partes demandantes presentado durante la audiencia de 15 de enero de 2007 (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 251-252 (Sra. Malinvaud)).

⁵¹⁷ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 33-34 (Sr. Di Rosa).

⁵¹⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 138 -143. Durante la audiencia de 15 de enero de 2007, la parte demandada alegó que el artículo 2.2 no se refiere en realidad a la competencia *ratione temporis* sino más bien a la competencia *ratione materiae* del Tribunal (véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 23 (Sr. Di Rosa)).

⁵¹⁹ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 37 (Sr. Di Rosa).

entrada en vigor del APPI, si éste último contemplara una disposición expresa que previera su aplicación retroactiva, lo cual no ocurre en este caso concreto.⁵²⁰

578. De acuerdo con las Demandantes, el artículo 2.2 del APPI constituye una derogación del principio de irretroactividad enunciado en el artículo 28 del Convenio de Viena, ya que permite aplicar el APPI “a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia”.⁵²¹ La aplicación conjunta de los apartados 2.2 y 2.3 permitiría concluir que “dicho Tratado puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor”,⁵²² ya que el APPI no contiene “ninguna fecha límite que excluya de su campo de aplicación hechos (actos de desposesión) causantes de una controversia”.⁵²³ Habida cuenta de que surge una controversia entre las partes en 1995, posteriormente a la entrada en vigor del tratado, las disposiciones sustantivas de este último son aplicables a hechos anteriores a su entrada en vigor.⁵²⁴

b) Conclusiones del Tribunal

579. El apartado 2.2 del APPI entre Chile y España simplemente dispone que las inversiones anteriores a la entrada en vigor del APPI pueden estar cubiertas por este último. Dicho apartado no presupone la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a las supuestas violaciones y no se puede interpretar que confiere un efecto retroactivo al APPI que permita su aplicación a las violaciones anteriores a su entrada en vigor.

580. Como señaló el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *SGS c. Filipinas*:

“According to Article II of the BIT, it applies to investments ‘made whether prior to or after the entry into force of the Agreement’. Article II does not, however, give the substantive provisions of the BIT any retrospective effect. The normal principle stated in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies: the provisions of the BIT ‘do not bind a party in relation to any act or fact which took place

⁵²⁰ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 40 y p. 27 (Sr. Di Rosa). La parte demandada también afirma que “*el Tratado no se aplica a actos del Estado anteriores a la entrada en vigor del acuerdo*” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 18 (Sr. Di Rosa)).

⁵²¹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 26. Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237, nota 441.

⁵²² Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 26.

⁵²³ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 21 y 22.

⁵²⁴ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud).

or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty”.⁵²⁵

581. La interpretación según la cual el artículo 2.2 del APPI conferiría un efecto retroactivo a las disposiciones sustantivas del APPI sería contraria al principio de irretroactividad planteado por la Convención de Viena (art. 28):

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

582. Si bien las partes están autorizadas a derogar, por vía convencional, el principio de irretroactividad, esta derogación no se puede presumir. En efecto, dicha derogación significa que el Estado acepta proteger las inversiones posteriores y anteriores al tratado, y sobre todo, que el Estado se compromete a respetar las obligaciones del Tratado respecto de las inversiones realizadas en su territorio, incluso antes de la fecha de entrada en vigor del tratado.⁵²⁶ Este compromiso de responsabilidad por actuaciones que ya tuvieron lugar en el momento de entrada en vigor del tratado no se puede presumir.⁵²⁷

583. Por lo tanto, la parte demandante ve en el artículo 2.3 del APPI *“una excepción expresa a lo que podríamos llamar una aplicación retroactiva del Tratado”*.⁵²⁸ El Tribunal no comparte este análisis. El hecho de afirmar expresamente en el artículo 2.3 que el APPI no

⁵²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n° ARB/02/6, laudo sobre competencia de 29 de enero de 2004, párrafo 166. El Artículo II del Acuerdo entre la Confederación Helvética y la República de Filipinas relativo a la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, titulado *“Campo de aplicación”*, está redactado en los términos siguientes: *“El presente Acuerdo es aplicable a las inversiones efectuadas en el territorio de una Parte Contratante, conforme a sus leyes y reglamentos, por inversionistas de la otra Parte Contratante, antes o después de su entrada en vigor”* (traducción no oficial).

⁵²⁶ El Tribunal señala que el inversionista no podía contar con la posibilidad de presentación de un recurso fundado en un APPI que no existía en el momento de su inversión ni al momento de las supuestas violaciones del período 1973-1977. Véase la observación del Tribunal en el caso *Lucchetti* a propósito del inversionista. *“[The investor] cannot say that it made its investment in reliance on the BIT, for the simple reason that the treaty did not exist until years after Lucchetti had acquired the site, built its factory, and was well into the second year of full production. It cannot conceivably contend that it invested in reliance on the existence of this international remedy”* (*Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Perú*, caso CIADI n° ARB/03/4, sentencia de 7 de febrero de 2005, párrafo 61).

⁵²⁷ Tal como señala el autor del comentario de los artículos de la C.D.I. sobre la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito a nivel internacional, *“los casos de aceptación retroactiva de la responsabilidad son muy raros”* (James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l’Etat*, Pedone, 2003, p. 159) (traducción de la cita no oficial).

⁵²⁸ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud).

se aplica a las *diferencias* surgidas con anterioridad a su entrada en vigor no significa, ni siquiera implícitamente, que el APPI se podría aplicar a todas las *violaciones* cometidas antes de su entrada en vigor. Ello equivaldría a invertir el principio contenido en el artículo 28 del Convenio de Viena y reafirmado constantemente en la jurisprudencia.

584. Como sostuvo el Tribunal constituido en el caso *Mondev*, “[t]he basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the ILC’s Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals”.⁵²⁹ El Tribunal no ve en este caso concreto ninguna razón para derogar este principio. Además, la formulación en futuro de las obligaciones sustantivas del APPI⁵³⁰ constituye un indicio suplementario de la inaplicabilidad de dichas obligaciones a hechos acaecidos cuando éstas no existían.⁵³¹
585. En resumen, el argumento de la parte demandante no tiene en cuenta la distinción, esencial, entre la competencia *ratione temporis* del Tribunal y la aplicabilidad *ratione temporis* de las disposiciones sustantivas del tratado. Ambas exigencias deben satisfacerse a efectos de comprometer la responsabilidad internacional del Estado en virtud del tratado. La existencia de una controversia posterior a la entrada en vigor del APPI no puede por sí sola dar lugar a la aplicación retroactiva automática de las disposiciones sustantivas del APPI en cuestión. El APPI entre Chile y España no contiene ningún artículo de naturaleza “*derogatoria*”, susceptible de permitir la aplicación de sus disposiciones sustantivas a hechos anteriores a su entrada en vigor.
586. Sin embargo, las partes demandantes alegan, a título subsidiario, que las violaciones que el Estado demandado habría cometido antes de la entrada en vigor del APPI tienen un carácter continuo o constituyen un elemento de un hecho compuesto ilícito y se prolongarían más allá de la entrada en vigor. Por ello, concluyen que las disposiciones

⁵²⁹ Véase *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, caso CIADI n° ARB(AF)/99/2, sentencia final de 11 de octubre de 2002, párrafo 68.

⁵³⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 3, 4, 5 y 6 del APPI entre Chile y España.

⁵³¹ Véase *Tradex Hellas S.A. c. Albania*, caso CIADI n° ARB/94/2, laudo sobre competencia de 24 de diciembre de 1996, párrafo 65, *JDI*, 2000.151, especialmente la p. 155 y ss. Véase también *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*, caso CIADI n° ARB (AF)/00/2, sentencia final de 29 de mayo de 2003, párrafo 65.

sustantivas del APPI serían aplicables al hecho ilícito continuo o al hecho ilícito compuesto alegado.

2. ¿Constituyen las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del APPI un hecho ilícito continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas de este tratado?

587. Antes de exponer la posición de las partes y las conclusiones del Tribunal sobre este punto, cabe recordar brevemente los principales hechos pertinentes.

a) Recapitulación de los hechos pertinentes

588. El 11 de septiembre de 1973, el ejército chileno embarga todos los bienes del Sr. Pey Casado, incluidos los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵³² Posteriormente, se adoptan una serie de decretos durante el período 1973-1977.

589. Así, el Decreto-Ley N° 77 de 13 de octubre de 1973 declara ilícitos y disueltos “*los partidos, entidades, agrupaciones, facciones o movimientos [de ideología marxista], así como las asociaciones, sociedades o empresas de cualquier naturaleza, que directamente o a través de terceras personas pertenecieran o estuviesen dirigidos por uno de ellos*”.⁵³³ El decreto también prevé que los bienes de las entidades disueltas pasen a dominio del Estado.⁵³⁴ Para instrumentar el artículo 1 del Decreto-Ley N° 77 se adoptó el Decreto Supremo N° 1726, de 3 de diciembre de 1973, que dispone que sea el Ministro del Interior quien identifique las entidades afectadas por el Decreto-Ley. Cuando se trate de personas naturales, el Ministro del Interior declarará asimismo que se someta a estudio su situación patrimonial.⁵³⁵ El Decreto Exento N° 276 de 21 de octubre de 1974 aplica disposiciones del Decreto-Ley N° 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Dicho Decreto también declara la necesidad de estudiar la situación patrimonial de los Sres. Darío Sainte Marie,

⁵³² Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 64. Véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 108, donde el Sr. Di Rosa considera que “*la confiscación del Consorcio tuvo lugar en 1973*”.

⁵³³ Decreto-Ley n° 77 de 8 de octubre de 1973 por el que se declaran ilícitos y se disuelven los partidos políticos indicados, artículo 1 (Anexo 19 del Memorial de las partes demandantes, de 17 de marzo de 1999).

⁵³⁴ Ídem

⁵³⁵ Decreto Supremo n° 1726 por el que se aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 1 del Decreto-Ley n° 77 de 1973 (Anexo 73 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

Oswaldo Sainte Marie, Víctor Pey Casado, Mario Osses González, Emilio González González, Jorge Venegas Venegas y Ramón Carrasco Peña.⁵³⁶

590. Refiriéndose principalmente al Decreto Exento N.º 276,⁵³⁷ el Decreto Supremo N.º 165 de 10 de febrero de 1975 declara disueltas las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵³⁸ y dispone que sus bienes muebles e inmuebles, cuya lista figura en el Decreto, pasen a ser propiedad del Estado.⁵³⁹
591. El Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, por una parte, modifica el Decreto Supremo N.º 165 para añadir un bien inmueble⁵⁴⁰ y, por otra parte, declara que el Sr. Pey Casado se encuentra en la situación prevista en el artículo 1.2 del Decreto-Ley N.º 77.⁵⁴¹ Este Decreto transfiere igualmente al Estado la propiedad de determinados fondos depositados en la Asociación de Ahorro y Préstamos Ahorromet, pertenecientes al Sr. Pey Casado.⁵⁴²
592. Por último, el Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977 complementa el Decreto Supremo N.º 580 declarando que “pasan a ser propiedad del Estado los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes al mencionado Sr. Pey Casado y, en particular, la totalidad de los fondos invertidos en Certificados de ahorro reajustables

⁵³⁶ Decreto Exento n.º 276 de 9 de noviembre de 1974 (Anexo 74 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

⁵³⁷ Decreto Supremo n.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, párrafo 5 del preámbulo (Anexo 1 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999). El Decreto Supremo n.º 165 también reseña las disposiciones de los Decretos-Leyes n.º 1, 77 y 128 de 1973 y 527 de 1974.

⁵³⁸ Decreto Supremo n.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, artículo 1 (Anexo al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

⁵³⁹ Decreto Supremo N.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975 (Anexo 1 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999), artículos 2, 3 y 4. El Tribunal constata que el artículo 3 no prevé la expropiación de un bien inmueble, sino del derecho a indemnización previsto por el Decreto-Ley N.º 93 de 20 de octubre de 1973 para compensar la expropiación de un inmueble que pertenecía a la sociedad CPP S.A. (Véase Decreto-Ley N.º 93 de 20 de octubre de 1973, artículos 3 a 9, Anexo 3 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

⁵⁴⁰ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 1 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴¹ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 3 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴² Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 4 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

del Banco Central de Chile”.⁵⁴³ Este mismo decreto también transfiere la propiedad de todos los derechos y acciones del Sr. Pey Casado en la sociedad Socomer Ltda. y sus filiales.⁵⁴⁴

593. El Tribunal señala que algunos de estos decretos fueron anulados por las jurisdicciones internas chilenas. Así, en una sentencia de 13 de enero de 1997, el 21° Juzgado Civil de Santiago declaró “*la nulidad de derecho público*” por violación del artículo 4 de la Constitución de 1925, del Decreto Exento N.° 276 de 9 de noviembre de 1974, el Decreto Supremo N.° 580 de 24 de abril de 1975 y el Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977.⁵⁴⁵ En consecuencia, el Tribunal ordenó la “*restitución al demandante [Sr. Pey Casado] de los bienes que le fueran confiscados e intervenidos judicialmente*”. Dichos bienes son distintos de los de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. El Tribunal entiende que el Decreto Supremo N.° 165 sigue estando vigente.
594. Como el Sr. Pey Casado tuvo que abandonar Chile y no pudo volver a dicho país hasta 1989,⁵⁴⁶ tuvo que esperar a 1995 para formular su primera demanda de restitución de bienes confiscados.⁵⁴⁷ Por otra parte, el 4 de octubre de 1995 se personó ante los tribunales chilenos para obtener la restitución de la rotativa Goss.⁵⁴⁸ El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales comunica al Sr. Pey Casado que la ley de indemnización que permitirá tratar situaciones comparables a la suya todavía no ha sido promulgada.⁵⁴⁹ El

⁵⁴³ Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴⁴ Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). Véase también la comunicación secreta entre el Ministro de Tierras y Colonización y el Ministro del Interior de 10 de noviembre de 1977 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴⁵ Sentencia de 13 de enero de 1997 del 21° Juzgado Civil de Santiago (presentada con la comunicación de las partes demandantes de 19 de diciembre de 1997). Los bienes en cuestión son distintos de los de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Esta sentencia fue confirmada por el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 (Anexo C-138). La Demandada observa que el Decreto Supremo N.° 16 de 8 de enero de 1979 ya preveía que el Decreto Supremo N.° 1200 dejaría de tener efecto en lo referente a los derechos y acciones de Víctor Pey Casado en la empresa Socomer Ltda. y sus empresas asociadas (Anexo 78 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

⁵⁴⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 25: “El 4 de mayo de 1989, el Sr. Pey regresó a Chile por primera vez luego de su partida en 1973”.

⁵⁴⁷ Anexo 22 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁴⁸ Demanda inicial del Sr. Pey Casado de 4 de octubre de 1995 ante el Primer Juzgado Civil de Santiago (Anexo 48 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003). Véase *supra* párrafo 459 y ss.

⁵⁴⁹ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reiteró su demanda de restitución ante el Presidente de la República, sin obtener respuesta.⁵⁵⁰ El 6 de noviembre de 1997, las partes demandantes presentaron su solicitud de arbitraje ante el CIADI.⁵⁵¹

595. El 25 de junio de 1998 se promulga la Ley N.º 19.568 relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado en virtud de los Decretos-Leyes N.º 12, 77 y 133 de 1973, N.º 1697 de 1977 y N.º 2436 de 1978. Sin embargo, las partes demandantes informan al Ministro de Bienes Nacionales mediante carta de 24 de junio de 1999 de su decisión de no recurrir a la Ley N.º 19.568, debido a la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el APPI entre Chile y España.⁵⁵²
596. El 28 de abril de 2000, el Ministro de Bienes Nacionales dicta la Decisión N.º 43 conforme a la cual las disposiciones de la Ley N.º 19.568 son aplicables a los bienes confiscados a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵⁵³ En esta decisión, no obstante, se acepta indemnizar a terceras partes actoras distintas de las partes demandantes por la confiscación

⁵⁵⁰ Véase Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 8 y Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁵¹ Tras el fracaso de la propuesta de consultas amistosas formulada por el Sr. Pey Casado el 30 de abril de 1997 (Anexos 11 y 12 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997), el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende expresaron sus respectivos consentimientos al arbitraje el 2 y el 6 de octubre de 1997 (Anexo 10 y 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). En la carta en la que otorgaba su consentimiento al arbitraje, el Sr. Pey excluyó expresamente la controversia relativa a la restitución de la rotativa: “[...] *el presente consentimiento abarca a todas y cada una de las controversias jurídicas derivadas de la confiscación de mis inversiones comerciales citadas [anteriormente], con la sola excepción de la relativa a la mera restitución -o, en su defecto, [pago de] su valor de sustitución - de la máquina rotativa GOSS - comprada en 1972 e instalada en la sede del diario CLARÍN. Sí incluye el consentimiento la controversia jurídica relativa a todos los perjuicios derivados de la ocupación de de la dicha rotativa, consistentes en el daño emergente, lucro cesante e intereses compensatorios*”.

⁵⁵² Carta de las partes demandantes al Ministro de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32).

⁵⁵³ El Ministro de Bienes Nacionales pudo considerar que “los bienes anteriormente identificados fueron confiscados a CPP S.A., propietaria al 99% de EPC Ltda., así como a esta última, en aplicación del D.L. n.º 77 de 1973 dictado por el Ministerio del Interior, que disolvió las sociedades consideradas testaferros de determinados partidos políticos especificados en dicho decreto-ley, y dispuso de sus bienes. Lo que acaba de exponerse se confirma con la lectura de una copia de los propios Decretos Confiscatorios n.º 165 del Ministerio del Interior, de fecha 10 de febrero de 1975, y n.º 580 del mismo Ministerio, de fecha 24 de abril de ese mismo año, y de una copia de las respectivas inscripciones de los inmuebles indicados a nombre del Fisco de Chile en el Registro de la Propiedad del Conservador de Hipotecas competente” (Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000, presentada con la comunicación de la partes demandantes al CIADI de 11 de mayo 2000).

de los bienes en cuestión. El Ministro de Bienes Nacionales mantendrá la Decisión N.º 43, que las Demandantes impugnarán en vano.⁵⁵⁴

597. Tras este breve recordatorio de los hechos pertinentes, el Tribunal se propone examinar las pretensiones de las partes relativas a la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI.

b) Posición de las partes

598. En la última parte de su argumentación, las partes demandantes alegan que el Tribunal se encuentra ante un hecho ilícito continuo o ante un hecho ilícito compuesto al que las disposiciones sustantivas del APPI serían aplicables.⁵⁵⁵ Basándose esencialmente en sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, las Demandantes califican “*la expropiación del período 1975-1977*”⁵⁵⁶ y la Decisión N.º 43⁵⁵⁷ de violaciones continuas, contrarias principalmente al artículo 5 del APPI.⁵⁵⁸ De este modo, las Demandantes pretenden que el carácter continuo de la expropiación de los bienes en controversia resulta de la nulidad del Decreto N.º 165 adoptado en 1975. El decreto en controversia sería nulo bajo el derecho interno, ya que la propia Corte Suprema había declarado nulos un determinado número de decretos de la misma época relativos a otros bienes del Sr. Pey

⁵⁵⁴ Véase la correspondencia entre las partes demandantes, el Ministro de Bienes Nacionales y el *Contralor general*: carta de J. Garcés en nombre de Víctor Pey Casado y de la Fundación Presidente Allende al Ministro de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32), carta de las Demandantes al Ministro de Bienes Nacionales y al *Contralor* de 6 de mayo de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 4 de enero de 2001), carta del Ministro de Bienes Nacionales a las Demandantes de 14 de julio de 2000 relativa a la legalidad de la Decisión N.º 43 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001), carta de las Demandantes al Ministro de Bienes Nacionales de 18 de julio de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001), carta de las Demandantes al *Contralor* de 25 de julio de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001) y carta del *Contralor* a las Demandantes de 22 de noviembre de 2000 relativa a la legalidad de la Decisión N.º 43 (comunicación de la Demandada al CIADI de 18 de diciembre de 2000).

⁵⁵⁵ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 259 y ss. (Sra. Malinvaud).

⁵⁵⁶ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 269 y ss. (Sra. Malinvaud). Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237 y ss. (en algunas ocasiones, los argumentos de las Demandantes fueron poco claros, por lo que invocaron la calificación de “*hecho compuesto ilícito continuo*”).

⁵⁵⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 20. La Decisión N.º 43 también fue calificada de violación de los artículos 3, 4 y 5 del APPI por las Demandantes: “*El 28 de abril de 2000 los artículos 3, 4 y 5 del APPI fueron infringidos bajo una nueva forma, que se ha agregado a la desposesión anterior*” (Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 123).

⁵⁵⁸ Véase el Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 34 y la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la parte demandada, de 23 de febrero de 2003.

Casado.⁵⁵⁹ Las partes demandantes también afirman que el Decreto N.º 165 sería contrario al derecho internacional e insisten principalmente en la solución adoptada en la sentencia *Loizidou*, que consideran aplicable al presente caso.⁵⁶⁰ El supuesto hecho ilícito compuesto englobaría “*los decretos de 75 y 77*”, “*la denegación de indemnización del 95*” y la Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000.⁵⁶¹ Por último, las Demandantes pretenden ser víctimas de una denegación de justicia durante el período de 1995-2002, en contravención del artículo 4 del APPI.⁵⁶² Durante las audiencias de enero de 2007, las Demandantes ampliaron su demanda fundada en la denegación de justicia alegando que “*todo el contencioso está sometido al Tribunal Arbitral, que para nosotros se aplica a todo ello la denegación de justicia que ha sufrido el señor Pey*”.⁵⁶³

599. De acuerdo con la Demandada, la expropiación realizada por el decreto de 1975 es un acto instantáneo, anterior a la entrada en vigor del tratado, al que no se pueden aplicar las obligaciones sustantivas del APPI.⁵⁶⁴ Apoyándose en la decisión del Tribunal de 25 de septiembre de 2001,⁵⁶⁵ la Demandada también alega que la Decisión N.º 43 no se puede considerarse en si misma como un acto ilícito, ya que no es más que una consecuencia de una expropiación que concluyó bastante antes de la entrada en vigor del APPI.⁵⁶⁶ La

⁵⁵⁹ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 75. Se trata de los Decretos N.º 276 de 1974, N.º 580 de 1975 y N.º 1200 de 1977 (véase la sentencia en primera instancia de 13 de enero de 1997 del 21.º Juzgado Civil de Santiago, presentada con la comunicación de 19 de diciembre de 1997 y el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 (Anexo C-138)). Véase también la respuesta al Memorial sobre incompetencia presentada por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, p. 42 y ss.

⁵⁶⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 271 y ss. y la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 65 (Sra. Malinvaud).

⁵⁶¹ Véase el argumento expuesto a título subsidiario por las partes demandantes en la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 262 (Sra. Malinvaud).

⁵⁶² Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 422 y ss., especialmente la p. 428: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile*” (Sr. Garcés).

⁵⁶³ Transcripción de la audiencia de 16 enero 2007, p. 432 (Sr. Garcés). Véase también la transcripción de la audiencia de 16 enero 2007, p. 140 (Sra. Malinvaud): “*la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las demandas que se han hecho ante este Tribunal*”.

⁵⁶⁴ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 41 (Sr. Di Rosa). Véase también el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 145 a 148.

⁵⁶⁵ Decisión sobre las medidas cautelares solicitadas por las partes, de 25 de septiembre de 2001.

⁵⁶⁶ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 44 (Sr. Di Rosa).

Demandada considera que en este caso concreto tampoco existe acto compuesto ilícito y que, en cualquier caso, el Tribunal sólo podría examinar los daños que se hubiesen sufrido tras la entrada en vigor.⁵⁶⁷ Por último, la Demandada no se pronunció sobre la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.⁵⁶⁸

c) Conclusiones del Tribunal

600. Después de examinar los hechos y pretensiones de las partes, el Tribunal llegó a la conclusión de que la expropiación resultante del Decreto N.º 165 no se puede considerar un hecho ilícito continuo y no se le pueden aplicar las disposiciones sustantivas del APPI. En cambio, las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables *ratione temporis* a la violación resultante de la Decisión N.º 43 y a la denegación de justicia alegada por las Demandantes, ya que dichos actos son posteriores a la entrada en vigor del tratado.

i. *Las disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables ratione temporis a la expropiación establecida por el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975*

601. Para intentar demostrar que las disposiciones sustantivas del APPI, y principalmente las del artículo 5 relativas a la expropiación, son aplicables *ratione temporis* a la expropiación de 1975, las Demandantes se basan en la supuesta nulidad *ab initio* del Decreto N.º 165⁵⁶⁹ bajo el derecho interno y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para deducir el carácter continuo del acto en controversia. De este modo, la supuesta violación, bastante anterior a 1994, se habría prolongado más allá de la fecha de entrada en vigor del APPI.

602. En este caso concreto, ninguno de los argumentos esgrimidos por las Demandantes convence al Tribunal.

⁵⁶⁷ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 360-361 (Sr. Di Rosa).

⁵⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 182 y ss. La Demandada formuló una objeción a los argumentos de las Demandantes sobre la denegación de justicia durante la audiencia de 16 de enero de 2007 (Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero, p. 429 (Sr. Goodman)).

⁵⁶⁹ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 150. Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 253.

603. La argumentación desarrollada por las Demandantes sobre la nulidad del Decreto N.º 165 bajo el derecho interno no basta para justificar su posición. En efecto, las Demandantes se limitan a invitar al Tribunal a aplicar por analogía el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 sin demostrar en qué el decreto en controversia sería contrario al artículo 4 de la Constitución de 1925.⁵⁷⁰ Para el Tribunal, la validez del Decreto N.º 165 no ha sido cuestionada por las jurisdicciones internas y dicho decreto sigue formando parte del orden jurídico interno chileno.
604. Para intentar establecer que el Decreto N.º 165 constituye una violación de carácter continuo bajo el derecho internacional, las partes demandantes invocan algunas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y principalmente la sentencia *Loizidou*.⁵⁷¹
605. El Tribunal considera que la jurisprudencia invocada no es aplicable en este caso concreto y no puede servir de fundamento para calificar de hecho ilícito continuo una expropiación que, en este caso, fue condenada antes de la entrada en vigor del tratado.
606. En efecto, en el caso *Loizidou*, la Corte llegó a la conclusión de que Turquía había cometido una violación continua del derecho de propiedad de la parte demandante por considerar que a la Constitución de la República Turca de Chipre del Norte de 1985, norma anterior a la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandado y en la que se fundaba la transferencia de propiedad en controversia, no se le podía atribuir validez jurídica. Sin embargo, adoptando un razonamiento implícito,⁵⁷² la Corte no comprobó la existencia de dos elementos del concepto de violación continua, a saber “*un acontecimiento crítico que constituye la violación principal, y su continuación*”⁵⁷³, sin tomar en cuenta la distinción entre una situación de ocupación *de facto* de aquella en la que tiene lugar una transferencia de propiedad.⁵⁷⁴ La solución elegida por la Corte Europea de

⁵⁷⁰ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 72 a 76, especialmente la p. 75. Véase también la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la parte demandada, de 23 de febrero de 2003, p. 237, nota 441.

⁵⁷¹ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 238 y la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 271 (Sra. Malinvaud).

⁵⁷² El Tribunal no afirma expresamente que se trata de una violación continua. Véase a este respecto las observaciones de P. Tavernier, *JDI* 1997.273, especialmente la p. 274.

⁵⁷³ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opinión disidente del juez Jambrek, párrafo 5, (*traducción no oficial de la cita*).

⁵⁷⁴ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opinión disidente del juez Baka, pp. 30 y 31.

Derechos Humanos reviste, a ojos del presente Tribunal, un carácter excepcional⁵⁷⁵ que refleja la intensidad de las opiniones disidentes sobre la cuestión de la aplicación del Convenio *ratione temporis*.⁵⁷⁶ Dicha solución se basa en una interpretación particularmente amplia del concepto de violación continua que no comparte el presente Tribunal.

607. El fallo *Papamichalopoulos*, que las Demandantes también invocaron en varias ocasiones para apoyar su tesis de la expropiación como acto continuo, debe también diferenciarse del presente caso. El fallo no hace referencia a una transferencia de propiedad claramente identificada en el tiempo, sino a la ocupación *de facto* de terrenos por parte del ejército mediante actos sucesivos. Además, el gobierno griego no había planteado una excepción de incompetencia *ratione temporis* y la Corte se limitó “a constatar que las quejas de los interesados hacen referencia a una situación continua, que subsiste en la actualidad”.⁵⁷⁷ Los demás casos brevemente citados por las Demandantes durante las audiencias de enero de 2007 (*SGS c. Filipinas*, *Ilascu c. Moldavia y Rusia* y *Broniowski c. Polonia*⁵⁷⁸) no hacen referencia a casos de expropiación y no permiten concluir que los actos de confiscación cometidos en este caso concreto antes de la entrada en vigor del APPI son actos continuos que se habrían prolongado más allá de la entrada en vigor del APPI.
608. En este caso concreto, la expropiación en controversia, iniciada con los embargos efectuados por el ejército en 1973, concluyó con la entrada en vigor del Decreto N.º165 de 10 de febrero de 1975 que dispuso la transferencia de propiedad de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. al Estado. En dicha fecha, la expropiación estaba consumada, sea cual fuere la apreciación que se pueda hacer sobre su licitud. Además, el

⁵⁷⁵ Véase James Crawford (ed.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 163.

⁵⁷⁶ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opiniones disidentes de los jueces Bernhardt, Baka, Jambrek, Pettiti y Gölcüklü.

⁵⁷⁷ *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, C.E.D.H., Serie A, n° 260-B (1993), párrafo 40, (traducción no oficial de la cita).

⁵⁷⁸ El caso *SGS c. Filipinas* se refería a una simple negativa de pago de una deuda contractual (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n° ARB/02/6, laudo sobre competencia de 29 de enero de 2004); el fallo *Ilascu* se refería a un caso de detención ilegal, ya que la expropiación no fue discutida (véase párrafos 404 y 405) (*Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, CEDH., 8 de julio de 2004) y el fallo *Broniowski* se refería al ejercicio del derecho a una medida compensatoria que el derecho interno había otorgado a la parte demandante antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención Europea de Derechos Humanos y siguió concediéndole después de esta fecha (*Broniowski c. Polonia*, CEDH., decisión sobre admisibilidad de 19 de diciembre de 2002).

Tribunal considera que la expropiación sobre la que versa la reclamación de las Demandantes debe calificarse de acto instantáneo, anterior a la fecha de entrada en vigor del APPI. Este análisis es conforme a la posición de principio de la Corte Europea de Derechos Humanos, que considera la expropiación como un acto instantáneo y que no crea una situación continua de “privación de un derecho”.

609. En efecto, en el caso *Malhous*, la Corte sostuvo:

“que sólo puede examinar una solicitud si ésta se refiere a acontecimientos que se hayan producido después de la entrada en vigor del Convenio respecto de la Parte Contratante en cuestión. En este caso concreto, los bienes del padre del demandante fueron expropiados en junio de 1949 y atribuidos a otras personas físicas en 1957, es decir, bastante antes del 18 de marzo de 1992, fecha de entrada en vigor del Convenio para la República Checa (Kuchař y Štis c. República Checa, (dec.) n° 37527/97, de 23 de mayo de 2000, no publicada). Por lo tanto, la Corte no es competente ratione temporis para examinar las circunstancias de la expropiación o los efectos continuos producidos por ella hasta la actualidad. A este respecto, recuerda y confirma la jurisprudencia claramente establecida de la Comisión según la cual la privación de un derecho de propiedad o de otro derecho real constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua de “privación de un derecho” (véase, por ejemplo, Mayer y otros c. Alemania, solicitudes n° 18890/91, 19048/91, 19342/92 y 19549/92, decisión de la Comisión del 4 de marzo de 1996, Decisiones e Informes (DR) 85-B, p. 5, y Brežny c. Eslovaquia, solicitud n° 23131/93, decisión de la Comisión del 4 de marzo de 1996, DI 85-A, p. 65)”⁵⁷⁹. (traducción no oficial)

610. La Corte retomó este razonamiento en su jurisprudencia posterior, confirmando, por una parte, que el Convenio no es aplicable *ratione temporis* a hechos que son anteriores a su entrada en vigor y, por otra parte, que la expropiación constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua.⁵⁸⁰ En el presente caso sucede lo mismo: las

⁵⁷⁹ *Malhous c. República Checa*, C.E.D.H., decisión sobre admisibilidad de 13 de diciembre de 2000, p. 16 (B 2° c).

⁵⁸⁰ Véase por ejemplo *Smoleanu c. Rumanía*, C.E.D.H., fallo de 3 de diciembre de 2002, párrafos 45-46: “[...] el Tribunal recuerda, en primer lugar, que sólo puede examinar una solicitud si ésta se refiere a acontecimientos que se hayan producido después de la entrada en vigor del Convenio para la Parte Contratante en cuestión. En este caso concreto, la casa de la parte demandante se nacionalizó en 1950, es decir, bastante antes del 20 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor del Convenio para Rumanía. Por lo tanto, el Tribunal no es competente *ratione temporis* para examinar las circunstancias de la nacionalización o los efectos continuos producidos por ella hasta la actualidad. La Corte recuerda y confirma su jurisprudencia claramente establecida según la cual la privación de un derecho de propiedad o de otro derecho real constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua de “privación de un derecho” (traducción no oficial), (véase, por ejemplo, *Lupuș c. Rumanía*, solicitud n° 25497/94, decisión de la

disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables *ratione temporis* a los actos de expropiación cometidos antes de la entrada en vigor del tratado, ya que dichos actos concluyeron y no pueden dar lugar a una situación continua.

611. Sin embargo, una vez que el tratado entra en vigor, no se prohíbe al Tribunal tener en cuenta hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor del tratado para examinar el contexto en el que se produjeron los actos que, en opinión de las Demandantes, deben considerarse violaciones posteriores a la entrada en vigor del tratado. Esto es lo que sostuvo el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *MCI c. Ecuador*, que sólo se consideró competente respecto a actos posteriores a la entrada en vigor del APPI cuando dichos actos se presentaban como violaciones del APPI.

“Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force”.⁵⁸¹

612. En consecuencia, aunque en este caso concreto no se puedan aplicar las disposiciones sustantivas del APPI a los actos de expropiación anteriores a su entrada en vigor, el Tribunal podrá examinar las violaciones del APPI que se produjeron después de su entrada en vigor, teniendo en cuenta, a efectos del contexto, acontecimientos que ocurrieron antes de dicha fecha. Por lo tanto, conviene ahora determinar si a las demás violaciones invocadas por las Demandantes les son efectivamente aplicables las disposiciones sustantivas del APPI *ratione temporis*.

Comisión de 17 de mayo de 1996, Decisiones e Informes (DI) 85-A, p. 126). Véase *Bergauer c. República Checa*, CEDH., Decisión sobre admisibilidad, 13 de diciembre de 2005, p. 10: “The Court notes that the expropriation of the applicants’ or their predecessors’ property occurred shortly after the Second World War almost fifty years ago, long before the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic. Moreover, according to the Convention case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of the “deprivation of a right” (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references)”. Véase también *Abbasov c. Azerbaiján*, CEDH., Decisión parcial sobre admisibilidad de 24 de octubre de 2006, p. 5, párrafo 4: “Assuming that the complaint falls within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention, the Court notes that the applicant’s property was confiscated prior to 15 April 2002 [date of the Convention’s entry into force with respect to Azerbaijan]. According to the Court’s case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of “deprivation of a right” (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.), no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references). It follows that this complaint is also incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4”.

⁵⁸¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, caso CIRDI n° ARB/03/6, sentencia del 31 de julio de 2007, párrafo 93.

ii. *Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000*

613. Según las Demandantes, la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 sería, en sí misma, contraria a los artículos 3, 4 y 5 del APPI.⁵⁸² La Decisión N° 43 fue dictada en aplicación de la Ley N° 19.568, promulgada con posterioridad a la entrada en vigor del APPI. Esta ley dispone en su artículo 1 que *“las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N° 12, 77 y 133 de 1973, 1.687 de 1977 y 2.346 de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización en conformidad con las normas establecidas en esta ley”* (el subrayado es nuestro). El Estado demandado creó de este modo un derecho a indemnización, definido y delimitado por la ley interna, cuya aplicación iba destinada a las personas contempladas por la legislación adoptada durante el período 1973-1978.
614. La Decisión N° 43, que autoriza la indemnización de terceras personas distintas a las partes demandantes por la expropiación de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. en aplicación de la ley de 1998, es calificada por las partes demandantes de *“nueva desposesión”*⁵⁸³ contraria a las disposiciones sustantivas del APPI. Como esta decisión se adoptó con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, el Tribunal concluye que las disposiciones sustantivas de este último le son aplicables *ratione temporis*, sin por ello, en esta etapa de su decisión sobre el fondo, juzgar la supuesta violación.
615. Por el contrario, el Tribunal considera que el hecho ilícito compuesto invocado por las partes demandantes no existe en este caso concreto.
616. El Tribunal recordará que las Demandantes pretenden agrupar en el marco de un hecho compuesto *“los decretos del 75 y 77”, “la denegación de indemnización del 95”* y la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000.⁵⁸⁴
617. Sin embargo, la existencia de un hecho ilícito compuesto implica la concurrencia *“de una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita”*. La violación de una

⁵⁸² Véase nota N.º 555.

⁵⁸³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 226 (Sra. Malinvaud).

⁵⁸⁴ Véase el argumento expuesto a título subsidiario por las partes demandantes en la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 261-262 (Sra. Malinvaud).

obligación internacional por parte del Estado a través de una serie de actos u omisiones de este tipo, sólo tiene lugar cuando se produce *“la acción u omisión que, tomada junto con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito”*.⁵⁸⁵

618. El Tribunal también recordará que, en cualquier caso, la alegación de hecho compuesto ilícito no permite eludir el principio de irretroactividad. De este modo, *“en los casos en que no existía la obligación pertinente al inicio de la conducta en cuestión, sino que nació posteriormente, la 'primera' de las acciones u omisiones de la serie será, a efectos de la responsabilidad de los Estados, la primera que se haya producido con posterioridad al nacimiento de la obligación. Esto no debe impedir necesariamente a un tribunal tener presente, a otros efectos, acciones u omisiones anteriores (por ejemplo, con objeto de establecerla a base fáctica respecto de violaciones posteriores o para probar la intención)”*.⁵⁸⁶
619. Según el Tribunal, en este caso concreto no se puede admitir la calificación de acto ilícito compuesto, ya que los hechos en controversia alegados por las Demandantes no corresponden ni a una serie de actos constitutivos de una infracción distinta a los incumplimientos invocados, ni a una práctica del Estado chileno derivada de la *“acumulación de incumplimientos de naturaleza idéntica o análoga bastante numerosos y relacionados entre sí”*.⁵⁸⁷ En el presente caso no hay ningún *“sistema”* o *“conjunto”* de actos ilícitos que tomados en su conjunto, pudieran considerarse un acto ilícito.
620. El embargo y la transferencia de la propiedad de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. al Estado constituyen un hecho consumado y distinto de las violaciones posteriores a la entrada en vigor del APPI señaladas por las Demandantes. El Tribunal concluye de todo esto que las disposiciones sustantivas del APPI no eran aplicables a la expropiación de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.
621. Los otros actos presentados por las Demandantes como elementos del hecho compuesto alegado se produjeron con posterioridad a la entrada en vigor del tratado. Se trata esencialmente, según las Demandantes, de la denegación de indemnización al Sr. Pey

⁵⁸⁵ Artículo 15 de los artículos de la C.D.I. sobre la responsabilidad del Estado.

⁵⁸⁶ James Crawford (ed.), Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Pedone, 2003, p. 172 (traducción no oficial de la cita).

⁵⁸⁷ Irlanda c. Reino Unido, CEDH., Serie A, n° 25 (1978), p. 64, párrafo 159 in James Crawford (ed.), Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Pedone, 2003, p. 170 (traducción no oficial de la cita).

Casado en 1995 y de la Decisión N° 43. La denegación de indemnización se refiere a una expropiación que tuvo lugar en los años 70, época en la que el APPI no estaba en vigor. Esta denegación de indemnización no es, en sí misma, contraria al tratado, ya que el único derecho de indemnización posterior al tratado creado por la legislación chilena data de 1998, y no puede vincularse a una violación ocurrida con posterioridad a la entrada en vigor del tratado, pues la expropiación tuvo lugar bastante antes de esta fecha. Presentar la denegación de indemnización como elemento de un hecho compuesto equivale a confundir el concepto de diferendo con los hechos que lo originaron, cosa que, por otra parte, las Demandantes reprocharon a la Demandada.

622. La Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 reviste, por su parte, un carácter diferente. Las Demandantes la calificaron de “*nueva desposesión*”, principalmente con el fin de apoyar la tesis de un hecho compuesto que comprende una serie de incumplimientos idénticos y análogos. Sin embargo, es imposible expropiar dos veces seguidas los mismos bienes. Los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. fueron objeto de una expropiación definitiva en 1975. Sin anticiparse sobre el tratamiento de la supuesta violación, el Tribunal observa que la Decisión N° 43 debería considerarse más bien una aplicación discriminatoria de una ley posterior al tratado y de los derechos creados por ella. Se trata de una cuestión distinta y no de un hecho idéntico a la expropiación susceptible de constituir uno de los elementos del hecho compuesto alegado. Por lo tanto, el Tribunal no puede admitir el argumento de las Demandantes.
623. En realidad, la única calificación que podría admitirse sería la de un acto compuesto que comprende una serie de ataques al tratamiento justo y equitativo de la inversión de las partes demandantes, que básicamente consisten en la Decisión N° 43 y en la denegación de justicia asociada a la misma en relación con la rotativa Goss. Todos estos hechos son posteriores a la entrada en vigor del APPI. No obstante, esta hipótesis no fue presentada por las Demandantes y su eventual fundamento no cambiaría la posición del Tribunal sobre la cuestión de la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI *ratione temporis* que el Tribunal de arbitraje considera aplicables tanto a la Decisión N° 43 como a la denegación de justicia alegada relativa a la rotativa Goss. El que estos hechos se planteen como un todo, en calidad de elementos de un acto compuesto, o por separado, no puede modificar en modo alguno las conclusiones del Tribunal de arbitraje.

iii. *Las disposiciones sustantivas del tratado son aplicables a la denegación de justicia alegada*

624. Las partes demandantes pretenden ser víctimas de una denegación de justicia que habría tenido lugar durante un período que comenzó en 1995 y se extendió al menos hasta 2002. Inicialmente, la denegación de justicia alegada comprendía dos aspectos: la imposibilidad de obtener una decisión sobre el fondo en primera instancia al cabo de siete años de procedimiento en el caso relativo a la restitución de la rotativa Goss y la intervención de la Decisión N° 43, cuya incompatibilidad con el procedimiento judicial ha sido en vano controvertida por las partes demandantes, presentadas como una violación del artículo 4 del APPI.⁵⁸⁸ Durante las audiencias de enero de 2007, las Demandantes ampliaron su demanda basada en la denegación de justicia recalcando que “*todo el contencioso está sometido al Tribunal arbitral [...]*”.⁵⁸⁹
625. Por su parte, la Demandada no ha desarrollado ningún argumento sobre la posible aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.⁵⁹⁰
626. Tras examinar los hechos⁵⁹¹ y las pretensiones de las partes, no cabe duda de que la denegación de justicia alegada por las Demandantes se extiende durante un período posterior a la entrada en vigor del APPI. Por lo tanto, le es aplicable *ratione temporis* el artículo 4 del APPI.

⁵⁸⁸ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 103 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 421 y ss., especialmente la p. 428: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile*” (Sr. Garcés).

⁵⁸⁹ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 432 (Sr. Garcés). Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 435 (Sra. Malinvaud): “*la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las solicitudes o demandas que se han hecho ante este Tribunal*”.

⁵⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 181 y ss. La parte demandada formuló una objeción a los argumentos de las partes demandantes sobre la denegación de justicia durante la audiencia de 16 de enero de 2007 (véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 429-430 (Sr. Goodman)).

⁵⁹¹ Véase principalmente *supra*, párrafos 459 y ss.

B. Fundamento de las supuestas violaciones

627. Habiendo constatado que las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril del 2000 y a la denegación de justicia alegada, el Tribunal debe examinar ahora el fundamento de las dos supuestas violaciones.

1. Recapitulación de los hechos

628. Los hechos referentes a la Decisión N° 43 y a la denegación de justicia alegada por las Demandantes se expusieron detalladamente en la parte IV.C.3. del presente laudo, en el marco del examen de la competencia *ratione temporis* del Centro y del Tribunal de arbitraje. Aún a riesgo de ser repetitivos, conviene recordar los principales elementos fácticos referentes a las dos supuestas violaciones, como introducción al presente apartado sobre el fondo de las demandas, sin que ello implique la repetición de las referencias detalladas al expediente mencionadas anteriormente.

a) Decisión N° 43 - Indemnización de personas no propietarias

629. La primera supuesta violación se refiere a la indemnización de personas no propietarias por parte del Ministro chileno de Bienes Nacionales en virtud de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000.

630. En septiembre de 1995, el Sr. Pey Casado formuló su primera demanda de restitución de los bienes confiscados. El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales comunica al Sr. Pey Casado que la ley de indemnización que permitirá tratar situaciones comparables a la suya todavía no ha sido promulgada. El 10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reitera su demanda de restitución ante el Presidente de la República, sin obtener respuesta. El 3 de noviembre de 1997, las Demandantes presentan su solicitud de arbitraje ante el CIADI.

631. El 25 de junio de 1998 se promulga la Ley n° 19.568 relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los Decretos-Leyes N° 12, 77 y 133 de 1973, N° 1697 de 1977 y N° 2436 de 1978. Sin embargo, las Demandantes informan al Ministro de Bienes Nacionales, mediante una carta con fecha 24 de junio de 1999, de su decisión de no acogerse a la Ley N°19.568, debido a

la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el APPI entre Chile y España.

632. El 28 de abril de 2000, el Ministro de Bienes Nacionales adopta la Decisión N° 43 conforme a la cual las disposiciones de la Ley N° 19.568 se aplican a los bienes confiscados a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵⁹² No obstante, como el Tribunal ha explicado anteriormente, la Decisión N° 43 indemniza a terceros distintos de las partes demandantes por la confiscación de los bienes en cuestión y el Ministro de Bienes Nacionales mantendrá esta decisión que las Demandantes impugnarán en vano.

b) La ausencia de decisión con respecto a la rotativa Goss

633. La segunda violación potencial se refiere a la ausencia de decisión de los tribunales chilenos con respecto a la restitución de la rotativa Goss.

634. El 4 de octubre de 1995, las Demandantes iniciaron un procedimiento judicial ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago a fin de obtener la restitución de la rotativa Goss. Como el Tribunal ya ha indicado anteriormente de manera más detallada, aunque en este procedimiento se dictaron algunas resoluciones judiciales referentes a cuestiones de orden probatorio, el 1^{er} Juzgado Civil no se pronunció sobre el fondo cuando se adoptó la Decisión N° 43 ni cuando las Demandantes presentaron su demanda complementaria ante el Tribunal de arbitraje el 4 de noviembre de 2002.

635. Las Demandantes intentaron en vano que se reconociera la incompatibilidad de la Decisión N° 43 con este procedimiento judicial. El 2 de octubre de 2001, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente para conocer de la incompatibilidad entre la Decisión N° 43 y el procedimiento instaurado ante él desde el 4 de octubre de 1995. Sólo la Corte Suprema sería competente. Tras informar al *Contralor* de la incompatibilidad de la Decisión N° 43 con la acción impetrada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago desde el 4 de octubre de 1995, las Demandantes le reprocharon haber ratificado el 22 y 23 de julio de 2002 el pago de una indemnización a favor de los beneficiarios de la Decisión N° 43, ya que dicha indemnización comprendía principalmente el perjuicio sufrido por la confiscación de la rotativa Goss.

⁵⁹² Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000, presentada al CIADI junto con la comunicación de las partes demandantes, de 11 de mayo de 2000.

636. Por último, como recapituló anteriormente el Tribunal, en el año 2002 las Demandantes entablaron numerosos recursos contra esas decisiones ante el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a fin de impugnar la compatibilidad de la Decisión N°43 con el procedimiento judicial iniciado en 1995, pero todos ellos fueron rechazados.

2. Posiciones de las partes

a) Posición de las partes demandantes

637. En lo que respecta a la Decisión N° 43, las Demandantes sostienen que constituye, en *“todo caso [...] un nuevo elemento constitutivo del diferendo”*.⁵⁹³ De acuerdo con las Demandantes, la Decisión N° 43 sería ilegal bajo el derecho chileno y comprometería la responsabilidad del Estado chileno desde el punto de vista del derecho interno.⁵⁹⁴

638. Además, al calificar la Decisión N° 43 de “hecho internacionalmente ilícito”, las Demandantes sostenían que tal decisión constituía “un hecho nuevo, con efectos similares a los de una desposesión, al atribuir la propiedad de las acciones de CPP S.A. y EPC a terceros a pesar de que los bienes son objeto del presente arbitraje”.⁵⁹⁵ Según las Demandantes, la Decisión N° 43 violaría tres de las garantías incluidas en el APPI, concretamente el artículo 3 (protección), el artículo 4 (tratamiento justo y equitativo) y el artículo 5 (expropiación).⁵⁹⁶

639. Por lo que respecta a la rotativa Goss, si bien su restitución había sido objeto de una demanda de indemnización ante las jurisdicciones chilenas y, en consecuencia, había sido excluida de la solicitud de arbitraje de 7 de noviembre de 1997, en principio no ocurriría lo mismo con la demanda de indemnización por el lucro cesante. En su demanda complementaria de 4 de noviembre de 2002, las Demandantes presentaron una demanda de indemnización para que se les reparase la pérdida de la rotativa Goss alegando haber sido víctimas de una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional debido a que,

⁵⁹³ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 174.

⁵⁹⁴ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , pp. 109-112.

⁵⁹⁵ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 19.

⁵⁹⁶ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , pp. 122-128.

de 1995 a 2002, “en Chile no se había adoptado ninguna decisión con respecto al valor de restitución stricto sensu de la rotativa o a su valor de sustitución”.⁵⁹⁷

640. Las Demandantes invocaron en varias ocasiones la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, sería superfluo resumir dichos argumentos aquí, ya que, por lo visto, las Demandantes no quieren extraer ninguna consecuencia precisa de esta cláusula, como lo confirmó el Sr. Garcés en la audiencia de 16 de enero de 2007.⁵⁹⁸ En cambio, su posición sobre el fondo se puede resumir de la siguiente manera.
641. Las Demandantes insisten en el hecho de que, más de diez años después de la solicitud original ante los tribunales civiles de Chile referente a la rotativa Goss, todavía no se ha adoptado ninguna resolución en primera instancia. Basándose en los hechos anteriormente resumidos, las Demandantes han sostenido que la extraordinaria duración del procedimiento ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago para la restitución de la rotativa Goss o la indemnización de su valor de sustitución y la ausencia de decisión desde hace más de diez años constituyen una denegación de justicia por parte de Chile.⁵⁹⁹
642. Las partes demandantes, que señalan que los conceptos “*fork-in-the-road*” y denegación de justicia son incompatibles, subrayan que “*el repudio del derecho de acceso al Tribunal*

⁵⁹⁷ Demanda complementaria de las partes demandantes de 4 de noviembre de 2002. Véase también la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 275-276.

⁵⁹⁸ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 438, donde se puede leer la siguiente respuesta del Sr. Garcés a la pregunta del Presidente del Tribunal de arbitraje:

Sr. Presidente. – ¿Piensa que no es necesario aplicar la cláusula de la Nación más favorecida a todas las cuestiones? ¿Eso significa que hay que aplicarla a algunas cuestiones entonces o a ninguna?

Dr. Juan E. Garcés. – Gracias por hacer esa pregunta. A ninguna cuestión porque la única vez que invocamos la cláusula de Nación más favorecida, era de manera subsidiaria en el caso de la restitución de la rotativa Goss porque ahí prevalece para nosotros la denegación de justicia.

⁵⁹⁹ Las partes demandantes resumieron su posición durante la audiencia de 15 de enero de la manera siguiente: “En caso de especie, Chile cometió una denegación de justicia por una parte por el plazo extraordinario para establecer una resolución. En este momento han pasado más de diez años desde la solicitud original y no ha habido solución en primera instancia y el plazo para la solución de un diferendo presentado a un Tribunal en sí es un motivo de denegación de justicia si dicho plazo no es razonable.”⁵⁹⁹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 278, párrafos 7 a 13 (Sr. Garcés). Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107, y la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 435 (Sra. Malinvaud): “[...] la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las solicitudes o demandas que se han hecho ante este Tribunal.” Además, según las partes demandantes, en caso de que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago dictase una decisión de fondo en este caso, la adopción de la Decisión N° 43 restaría todo efecto a la sentencia de la jurisdicción chilena porque los beneficiarios de la Decisión N° 43 ya fueron indemnizados por la rotativa en cuestión (demanda complementaria de las partes demandantes, de 4 de noviembre de 2002, p. 6.)

de Arbitraje [...]” es totalmente distinto de las excepciones de incompetencia previstas en las Reglas de Arbitraje y en el Convenio CIADI.

643. Según estos argumentos, se trataría de una denegación de justicia resultante no sólo de la actitud de las jurisdicciones chilenas en cuanto al tratamiento de la cuestión relativa a la rotativa Goss, sino también, de manera más amplia, de la actitud general de las diferentes autoridades chilenas respecto al CIADI y al presente Tribunal de arbitraje.⁶⁰⁰
644. Así pues, entre los diferentes ejemplos de esta actitud de denegación del “*derecho de acceso al arbitraje internacional*”, las partes demandantes destacan en particular:
- 1997: la oposición de Chile al registro de la solicitud de arbitraje;
 - 1998: la demanda chilena al Gobierno español dirigida a modificar, so pretexto de interpretación, el contenido del APPI invocado en la solicitud de arbitraje;
 - 1999: la orden dada por el Ministro del Interior para modificar la inscripción que calificaba al Sr. Pey Casado de extranjero en el Registro Civil chileno;
 - 2000: la Decisión N° 43 anteriormente citada, que se adoptó la víspera de una audiencia del Tribunal de arbitraje y es contraria a los intereses de las Demandantes;
 - 2002: la resolución del Poder Legislativo chileno (Cámara de los Diputados) por la que se declara que Chile no ejecutará una nueva decisión arbitral desfavorable; y
 - el rechazo de los recursos presentados por el Sr. Pey Casado.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Esta alegación se apoya principalmente en referencias a la decisión dictada el 24 de enero de 2004 en el caso CIADI *SGS c. Filipinas* y a la obra del Profesor Jan Paulsson sobre *Denial of Justice in International Law*, que, a su vez, se refiere a las opiniones de los jueces S. Schwebel y Charles de Visscher (Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 276-277). Según las partes demandantes, “*el punto central que nos interesa en este estudio es hasta qué punto se puede considerar como denegación de Justicia el hecho de que un Estado repudie los derechos de un extranjero a acceder a un arbitraje que se ha reconocido en un tratado internacional.*” (Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 276-277 (Sr. Garcés)). Véase también la transcripción de 15 de enero de 2007, pp. 179-180 (Sra. Muñoz): “*En realidad, tanto las medidas internas que fueron tomadas por Chile así como estas actuaciones en el marco del procedimiento actual para oponerse a la competencia de este Tribunal y del centro tiene como objetivo privar al señor Pey de cualquier forma de reparación. Si Chile logra alcanzar dicho objetivo estaría cometiendo hacia el señor Pey el delito de denegación de justicia.*”

⁶⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 118 y 119.

645. En resumen, no cabe duda de que las alegaciones de “denegación de justicia” revisten formas diversas y/o están fundadas en hechos muy diferentes, ya sea que se trate de la ausencia o de la lentitud de las decisiones esperadas de autoridades (judiciales y ejecutivas) chilenas, o de la violación de los artículos del APPI en relación con la expropiación o a la nacionalización ilícita (artículo 5 del APPI), o del comportamiento procesal de la Demandada.

b) Posición de la parte demandada

646. La Demandada no ha considerado necesario efectuar un análisis exhaustivo de los conceptos de denegación de justicia o de tratamiento justo y equitativo invocados por las Demandantes, lo que probablemente se puede explicar por su posición fundamental, anteriormente expuesta, en cuanto a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y a su supuesta ausencia de inversión y de propiedad de los bienes muebles o inmuebles confiscados por las autoridades militares.

647. Por que respecta a la Decisión N° 43, la Demandada sostiene, tal como señaló anteriormente el Tribunal, que “*las reclamantes jamás han sido propietarias de los bienes confiscados*”.⁶⁰² Además, sugieren que sería perverso:

“[desincentivar] para que los estados hagan lo que hizo Chile, que es compensar a las personas que deben ser compensadas, y si todas las personas que no fueron compensadas por algún motivo tuvieran acceso al CIADI bajo un argumento de trato injusto e inequitativo estaríamos socavando la integridad del sistema”.⁶⁰³

648. Como el Tribunal de arbitraje mencionaba anteriormente, para la parte demandada,

“dicha decisión se refiere únicamente a terceras partes y, en todo caso, no ocasionó perjuicio alguno a las Demandantes, pues esa decisión no pretende adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las Demandantes”.⁶⁰⁴

⁶⁰² Memoria de incompetencia de la parte demandada de 20 de julio de 1999, p. 13.

⁶⁰³ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 448-449 (Sr. Di Rosa).

⁶⁰⁴ Memoria de contestación de la parte demandada de 3 de febrero de 2003, p. 145-146. Véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 121 (Sr. Di Rosa).

649. En cuanto a las demandas relativas a la denegación de justicia, la Demandada formuló una objeción a los argumentos de las Demandantes durante la audiencia de 16 de enero de 2007,⁶⁰⁵ pero no desarrolló esta posición.

3. Conclusiones del Tribunal

650. La solicitud de arbitraje y las conclusiones extraídas por las Demandantes - y en menor medida, por la Demandada, dada su posición fundamental sobre los hechos, la competencia y sobre el fondo plantearon - de forma expresa e implícita, el problema jurídico de determinar si Chile había violado o no los principios del APPI en cuanto a la protección de las inversiones.

651. Por lo que respecta a los fundamentos jurídicos específicos de las supuestas violaciones, las Demandantes concluyen que la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 sería contraria a los artículos 3, 4 y 5 del APPI,⁶⁰⁶ mientras que la imposibilidad de obtener de los tribunales chilenos una decisión sobre el fondo en el caso relativo a la restitución de la rotativa Goss constituiría una violación del artículo 4 del APPI.⁶⁰⁷

652. Como el Tribunal ha explicado anteriormente, al decidir que los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. fueron objeto de una expropiación definitiva en 1975, y al rechazar la tesis de un hecho ilícito compuesto, la Decisión N° 43 debe considerarse más bien como una aplicación discriminatoria de una ley posterior al APPI y de los derechos por ella creados. Por consiguiente, conviene que el Tribunal analice las supuestas violaciones, al menos en primer lugar, sobre la base del artículo 4 del APPI, ya que los artículos 3 y 5 fueron invocados por las partes demandantes en el marco de su tesis de acto ilícito

⁶⁰⁵ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 430 (Sr. Goodman).

⁶⁰⁶ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 123: “El 28 de abril de 2000, los artículos 3, 4 y 5 del APPI fueron infringidos bajo una nueva forma, que se ha agregado a la desposesión anterior.”

⁶⁰⁷ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 104 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 126 y ss., especialmente la p. 133: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile.*” (Sr. Garcés); p. 47 (Sra. Malinvaud), quien precisó que “*si el Tribunal tiene que considerar que el artículo 4.1 en relación con el trato justo y equitativo no permite incluir la denegación de justicia, a título subsidiario invocamos el artículo 10.4 en relación con la aplicación del derecho internacional por parte del Tribunal Arbitral en el marco del reglamento de las controversias y por otra parte el artículo 7.2, que prevé que, si hay reglas más favorables en el derecho internacional que vinculan a Chile en el caso del trato de las inversiones, pues éstas prevalecen por encima del tratado mismo.*”

continuo y ésta fue rechazada.⁶⁰⁸ El mismo fundamento, es decir, el artículo 4 del APPI, sería aplicable a la denegación de justicia alegada por las partes demandantes.

653. La principal cuestión que se plantea es saber si el comportamiento de las autoridades chilenas, legislativas, administrativas y judiciales, se puede considerar o no una “denegación de justicia” y una violación del deber de conceder a la inversión extranjera protección suficiente, o más precisamente, un “tratamiento justo y equitativo” de acuerdo al artículo 4, apartado 1, del APPI, que dice lo siguiente:

“Cada Parte garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales”.

654. Cabe señalar que los dos conceptos (de “tratamiento justo y equitativo” y de “denegación de justicia”), a veces diferenciados y a veces confundidos en la doctrina y la jurisprudencia, presentan la característica común de ser, si no indefinibles, al menos poco susceptibles de una definición que sea objeto de consenso en cuanto a su contenido. Ello se debe a que la mayoría de los tratados relativos a la protección de las inversiones han considerado inútil referirse (o referirse únicamente) al estándar mínimo de derecho internacional, sino que se refieren a la obligación de conceder a las inversiones cubiertas por el tratado (es decir, a sus respectivos nacionales) un “tratamiento justo y equitativo”.

655. Según un estudio reciente de la OCDE:

“la obligación de conceder un 'tratamiento justo y equitativo' suele enunciarse junto con otras normas destinadas a garantizar la protección de la inversión directa extranjera por parte de los países receptores. Se trata de una norma de carácter 'absoluto' y 'no contingente', es decir, una norma que define el tratamiento que se debe conceder según unos términos cuyo sentido exacto se determinará en función del contexto específico de aplicación, contrariamente a las normas 'relativas' incluidas en los principios del 'tratamiento nacional' y de 'la nación más favorecida' que definen el tratamiento requerido

⁶⁰⁸ Bajo el título “protección”, el artículo 3 del APPI dispone: “1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversionistas de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones. [...]”

*con respecto al tratamiento concedido a otras inversiones”.*⁶⁰⁹
(traducción no oficial)

656. No obstante, está claro que, entre las distintas obligaciones cubiertas por la necesidad de garantizar a la inversión un tratamiento justo y equitativo, figura, sin lugar a dudas, la de no cometer una denegación de justicia. Como ya se resumió anteriormente:

*“The cases on fair and equitable treatment fall into two broad categories. The first set of cases are concerned with the treatment of investors by the courts of the host State. The second, and more numerous, set of cases deal directly with administrative decision-making.”*⁶¹⁰

657. Por consiguiente, las demandas que invocan una denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado receptor, se efectúan, lógicamente, bajo el fundamento jurídico de una violación de la obligación de garantizar un “*tratamiento justo y equitativo*”.⁶¹¹

658. En el marco específico de este litigio, tal como se resumió en la parte Hechos y en las consideraciones jurídicas precedentes del presente laudo, la aplicación del concepto de “*denegación de justicia*” y la de la obligación de “*tratamiento justo y equitativo*” no

⁶⁰⁹ C. Yannaka-Small, *La norma del tratamiento justo y equitativo en el derecho internacional de las inversiones*, documento de trabajo sobre inversión internacional, OCDE número 2004/3, septiembre de 2004.

⁶¹⁰ Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 227.

⁶¹¹ Véase, por ejemplo, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, laudo de 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Report 181, en el que la denegación de justicia alegada por parte de la Massachusetts Supreme Judicial Court se invocó en virtud del artículo 1105(1) del TLCAN que dispone: “*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*” Asimismo, en el caso *Loewen Group Inc et al c. Estados Unidos*, caso CIADI N° ARB(AF)/98/3, laudo de 26 de junio de 2003, el Tribunal de arbitraje consideró que el artículo 1105 del TLCAN, como ya habían resumido McLachlan/Shore/Weiniger, “*informed by customary international law, was concerned with denials of justice in litigation.*” (Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 230.) Véase también el caso *Waste Management Inc. c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004, p. 35, párrafo 98, en el que el Tribunal de arbitraje concluye lo siguiente “*Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.*” Véase también el resumen de Stephan W, Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 26: “*The rule of law elements derived from fair and equitable treatment also influence the institutional structure of the host state’s judiciary and the procedural law they apply. Fair and equitable treatment requires that host states provide a fair and efficient system of justice, comprising effective judicial dispute settlement procedures for the review of administrative acts and dispute settlement between private parties.*”

requieren un análisis exhaustivo. De hecho, se pueden reducir a dos cuestiones relativamente simples:

- La primera consiste en saber si la ausencia de decisión por parte de las jurisdicciones chilenas durante un período de siete años (1995-2002), por un lado, y la ausencia de respuesta de la Presidencia a las solicitudes del Sr. Pey Casado, por otro lado, constituyen una denegación de justicia.
- La segunda consiste en determinar si las inversiones que el Tribunal de arbitraje reconoce fueron hechas por el Sr. Pey Casado gozaron del “*tratamiento justo y equitativo*” prescrito en el APPI.

659. En cuanto a la primera cuestión, la respuesta sólo puede ser afirmativa, habida cuenta de los hechos establecidos y ya tomados en cuenta por el Tribunal de arbitraje, ya que la ausencia de resolución por parte de los tribunales civiles chilenos en cuanto a las pretensiones del Sr. Pey Casado se considera una denegación de justicia. En efecto, la ausencia de una decisión de primera instancia en cuanto al fondo de las demandas de las partes demandantes durante siete años, es decir, entre el mes de septiembre de 1995 y el 4 de noviembre de 2002 (momento en el que se introduce la demanda complementaria en este procedimiento) debe calificarse como una denegación de justicia por parte de los tribunales chilenos. De hecho, los plazos procesales extraordinariamente largos constituyen una de las formas clásicas de denegación de justicia. Al menos, esto es lo que consideró el Tribunal de arbitraje en el caso *Robert Azinian et al. c. México, obiter dicta*:

“A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law.”⁶¹²

660. Como escribe Jan Paulsson, con razón: “[...] delays may be 'even more ruinous' than absolute refusal of access [to justice], because in the latter situation the claimant knows

⁶¹² Robert Azinian, Kenneth Daviatian & Ellen Baca c. The United Mexican States, caso CIADI N°ARB(AF)/97/2, laudo de 1 de noviembre de 1999.

where he stands and take action accordingly, whether by seeking diplomatic intervention or exploring avenues of direct legal action”.⁶¹³

661. Asimismo, la Comisión de Reclamaciones Anglo-Mexicana ha considerado que el plazo de nueve años transcurrido desde la presentación de la demanda de compensación ante una jurisdicción estatal debía calificarse como una denegación de justicia que cuestiona la responsabilidad del Estado en el plano internacional:

*“Nine years have elapsed since the Company applied to the Court to which the law directed it, and during all those years no justice has been done. There has been no hearing; there has been no award. ... [I]t is ... obvious that a period of nine years by far exceeds the limit of the most liberal allowance that may be made. Even those cases of the very highest importance and of the most complicated character can well be decided within such an excessively long time. A claimant who has not, during so many years, received any word or sign that his claim is being dealt with is entitled to the belief that his interests are receiving no attention, and to despair of obtaining justice”.*⁶¹⁴

662. La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha pronunciado en el mismo sentido, al considerar que los siete años que las jurisdicciones estatales tardaron en examinar una demanda de compensación tras una expropiación superaban un plazo razonable, lo que constituye una violación del artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra entre los derechos fundamentales, el derecho a ser oído “*en un plazo razonable*”.⁶¹⁵
663. La denegación de justicia resultante de plazos extraordinariamente largos también se contempla expresamente en el Convenio por el que se crea la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que la incluye entre los riesgos cubiertos por la Agencia:

⁶¹³ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 177. Paulsson también se refiere a la decisión del árbitro único en el arbitraje *Fabiani* entre Francia y Venezuela en 1896, que determinó que los plazos extraordinariamente largos y los constantes aplazamientos por parte de los tribunales venezolanos en el marco de la ejecución de una sentencia arbitral constituían una denegación de justicia: “*Upon examining the general principles of international law with regard to denial of justice, that is to say, the rules common to most bodies of law or laid down by doctrine, one finds that denial of justice includes not only the refusal of a judicial authority to exercise his functions and, in particular, to give a decision on the request submitted to him, but also wrongful delays on his part in giving judgment.*” N°.1 (*France v. Venezuela*), Moore, *Arbitrations*, p. 4878.

⁶¹⁴ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, Decisión N°. 55, 18 de junio de 1931, Recopilación de laudos arbitrales, Vol. V, 191 a 199.

⁶¹⁵ CEDH, *Ruiz-Mateos c. España*, Sentencia del Tribunal en Pleno de 26 de junio de 1993, Solicitud n° 12952/87, serie A n° 262.

“Article 11. Covered Risks

(a) ... the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or more of the following types of risk: ... (iii) any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such a reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency’s regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; ... ”⁶¹⁶

664. Respecto de los comportamientos procesales chilenos de los que se quejan las Demandantes, algunos son sólo el resultado de los derechos y medios de que dispone una parte demandada que niega la competencia, y otros no se pueden considerar una denegación de justicia propiamente dicha, sea cual fuere su carácter cuestionable o su compatibilidad con la obligación de buena fe que se impone a los Estados que son parte en el Convenio CIADI, de participar en un procedimiento de arbitraje en el que niegan la competencia del centro.
665. En cuanto a la segunda cuestión, la de saber si las inversiones de las Demandantes gozaron de un tratamiento justo y equitativo, el Tribunal de arbitraje considera que la respuesta es negativa, habida cuenta de las conclusiones a las que llegó anteriormente tras su apreciación de las pruebas y su análisis jurídico. En resumen, se trata de la conclusión de que el Sr. Pey Casado demostró haber realizado inversiones y ser propietario de bienes muebles o inmuebles que fueron confiscados por las autoridades militares chilenas.
666. Cabe recordar a este respecto la existencia de una sentencia chilena que reconoce la propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones confiscadas y que las autoridades chilenas, tanto ejecutivas y administrativas (como judiciales), estaban al corriente de las reivindicaciones y solicitudes formuladas por las Demandantes.

⁶¹⁶ Convenio por el que se crea la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, artículo 11a) iii). Véase también F. I. Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 132 a 134. I. Shihata subraya que los casos invocados por el artículo anteriormente mencionado “*represent situations which the Regulations correctly group under the term 'denial of justice'.*”

667. En lo referente a la falta de validez de las confiscaciones y al deber de indemnización, también cabe recordar algunas declaraciones perfectamente claras de la Demandada en el presente procedimiento.⁶¹⁷
668. Tras la restauración de las instituciones democráticas y civiles en Chile, las nuevas autoridades proclamaron públicamente su intención de restablecer la legalidad y de reparar los daños causados por el régimen militar. Como subraya la Demandada:

*“[...] los gobiernos democráticos que reemplazaron en 1990, mediante elecciones libres, al Gobierno de Pinochet, se han ocupado de manera primordialmente de reparar los daños causados por el régimen que se instauró en Chile a partir del golpe de estado del 11 de septiembre de 1973. En efecto, el Gobierno ha tomado las medidas para reparar el daño causado a las víctimas en todos los ámbitos. Concretamente, en lo relacionado con las confiscaciones, por iniciativa del Ejecutivo se ha aprobado una ley que dispone la restitución o indemnización por bienes confiscados”.*⁶¹⁸

669. El Tribunal de arbitraje toma nota con satisfacción de tales declaraciones, que honran al Gobierno chileno. Lamentablemente, para las Demandantes esta política no se tradujo en hechos por diversas razones que no fueron totalmente reveladas o claramente explicadas por los testimonios o las demás pruebas proporcionadas al Tribunal de arbitraje. Tal como se pudo constatar, no se ha establecido ni demostrado en modo alguno que el Sr. Pey Casado hubiese desempeñado la función de intermediario, o la de testaferro, y que los señores Venegas, González o Carrasco fuesen los verdaderos propietarios de las acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. En particular, las declaraciones u otras afirmaciones de estos últimos (por ejemplo, con respecto a la atribución de los bienes confiscados a una fundación científica, con la ayuda del Sr. Ovalle, simpatizante de la Junta Militar) dejan entrever numerosos puntos oscuros, habida cuenta de las circunstancias de la época. Independientemente de la pertinencia y del valor de los elementos considerados a este respecto en el derecho interno chileno, dichos elementos no

⁶¹⁷ Véase, por ejemplo la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 10 (Sr. Castillo): “La República de Chile no puede ni ha pretendido justificar lo acontecido durante esos turbulentos períodos de nuestra historia. Por el contrario, ha reparado materialmente y ha procurado reivindicar moralmente a miles de víctimas y sus familiares”, así como en las páginas 11-12: “Tampoco se trata de justificar la validez o legitimidad de los actos que derivaron de la confiscación de los activos pertenecientes a la sociedad Consorcio Publicitarios S.A. y Empresa Periodística Clarín Limitada. Por el contrario, la República de Chile está consciente del daño que dicha confiscación ha causado, por lo que ha indemnizado a sus legítimos titulares.”

⁶¹⁸ Memoria de incompetencia de la parte demandada de 20 de julio de 1999, p. 11.

pueden prevalecer sobre las consideraciones que condujeron al Tribunal de arbitraje a las conclusiones anteriormente enunciadas, con arreglo a las disposiciones del APPI.

670. En la jurisprudencia internacional y en la doctrina consta que un tratamiento discriminatorio por parte de autoridades estatales hacia sus inversores extranjeros constituye una violación de la garantía de tratamiento “*justo y equitativo*” incluida en algunos tratados bilaterales de inversión. Tal como el Tribunal de arbitraje decidió en el caso *Waste Management c. México*:

“fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice”.⁶¹⁹

671. Un comportamiento discriminatorio se considerará una violación del tratamiento “*justo y equitativo*” principalmente en los casos en que el tratado bilateral en cuestión no contiene garantía expresa contra actos arbitrarios o discriminatorios. Como resumió recientemente un comentarista:

“The protection of foreign investors against arbitrary and discriminatory treatment also plays a major role in the operation of fair and equitable treatment. While sometimes international investment treaties contain a specific provision prohibiting such treatment, arbitral tribunals also ground this aspect in free-standing guarantees of fair and equitable treatment”.⁶²⁰

672. Incluso en los casos en que el tratado bilateral contiene una prohibición expresa de comportamiento arbitrario y discriminatorio, los tribunales de arbitraje han decidido que dicho comportamiento violaría, asimismo, la obligación de tratar a los inversores de manera “*justa y equitativa*”. Por ejemplo, en el caso *CMS c. Argentina*, el Tribunal de arbitraje consideró que:

“The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might

⁶¹⁹ *Waste Management Inc. c. México*, caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004, pp. 35 y 36.

⁶²⁰ Stephan W, Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 19.

involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.”⁶²¹

673. Asimismo, el Sr. Vasciannie explica:

*“[...] if there is discrimination on arbitrary grounds, or if the investment has been subject to arbitrary or capricious treatment by the host State, then the fair and equitable standard has been violated. This follows from the idea that fair and equitable treatment inherently precludes arbitrary and capricious actions against investors”*⁶²²”.

674. En resumen, en este caso concreto, al conceder compensaciones -por razones que sólo ella conoce y siguen sin explicarse- a personas que, según el Tribunal de arbitraje, no eran propietarias de los bienes confiscados, y al paralizar o rechazar las reivindicaciones del Sr. Pey Casado referentes a los bienes confiscados, la República de Chile cometió una manifiesta denegación de justicia y se negó a tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa.

VIII. DAÑOS

675. El Tribunal ha constatando previamente, además de su competencia para conocer de la demanda de arbitraje formulada ante el CIADI por la primera y la segunda parte demandante, que en cuanto al fondo, el Sr. Pey Casado es efectivamente el propietario de los bienes confiscados por las autoridades chilenas y que la inversión no gozó del “*tratamiento justo y equitativo*” previsto por el APPI. En otras palabras, ha constatado que la Demandada ha cometido una denegación de justicia y violado, con la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 y su aplicación, la obligación de garantizar a la inversión un tratamiento justo y equitativo.

676. Cabe recordar también a este respecto que, en el análisis *ratione temporis* de su competencia y en el de la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que el artículo 4 del APPI puede efectivamente aplicarse (después de su entrada en vigor) a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.

⁶²¹ *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, p. 84.

⁶²² S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70 *The British Yearbook of International Law* 133 (1999).

677. Por último, cabe señalar, siempre en cuanto al fondo, que la realidad de las supuestas violaciones -o, más concretamente, en principio, la ilegalidad de las confiscaciones de los bienes en controversia efectuadas por la autoridad militar chilena- no ha sido cuestionada por la Demandada.⁶²³ Esta última tampoco cuestiona la obligación de indemnizar a las víctimas de las confiscaciones contrarias a derecho. En cambio, lo que sí cuestiona, como se ha visto, es la legitimación activa de las Demandantes derivada de su condición de propietarias o inversoras.
678. Cabe referirse a este respecto, por ejemplo, a las declaraciones de los abogados de la parte chilena ante el Tribunal de arbitraje. Estos últimos explicaron que la Decisión N° 43 *“surgió a partir de un procedimiento establecido por una ley chilena de 1998 en la cual el Estado se propuso precisamente indemnizar a las personas que habían sido expropiadas durante la dictadura militar”*. En noviembre de 1995, el Estado chileno indicó al Sr. Pey Casado *“que se estaba elaborando una ley que, una vez votada, permitiría indemnizar a las personas que habían sido objeto de una expropiación”*.⁶²⁴ Cabe destacar, de paso, que se abstuvo de indicarle al Sr. Pey Casado si entraba o no en la categoría de personas contempladas por esa ley. Según las Demandantes, esta legislación, inexistente en 1995, *“se demorará tres años antes de que finalmente se someta a votación”*.⁶²⁵
679. Tras recordar estos hechos y zanjar la cuestión de la legitimación activa de las Demandantes, ahora el Tribunal de arbitraje debe extraer las consecuencias de todo lo anterior en cuanto a la obligación de indemnizar, su ejecución concreta y el cálculo de su importe.

A. El daño sufrido por las partes demandantes

680. La mera existencia de daños resultantes de la confiscación no requiere ningún análisis particular. Esta existencia resulta a la vez, como es evidente, de la naturaleza de las cosas, por una parte, y del reconocimiento de la Demandada por otra parte, y ello por el simple

⁶²³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 10 (Sr. Castillo), anteriormente citada en la nota 617.

⁶²⁴ Véase la carta del Ministro de Bienes Nacionales de 20 de noviembre de 1995: “Considerando lo anteriormente expuesto, me permito comunicarle que, por el momento, no es posible acceder a la petición, ya que la ley que va a regular la situación que usted describe todavía no ha sido promulgada.” (Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁶²⁵ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p.451. (Sra. Malinvaud).

hecho de las decisiones tomadas a favor de los señores González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. En efecto, el otorgamiento de una indemnización por parte de la autoridad chilena (aunque fuese a terceras personas y no al verdadero propietario de los bienes confiscados, por error o intencionalmente) sin admitir los daños causados por la confiscación resulta inconcebible.

681. Huelga añadir que esta constatación elemental es independiente del derecho aplicable, fuere este último interno (chileno) o internacional. Sea cual fuere la base jurídica en la que la Demandada haya basado su decisión de indemnizar, el Tribunal de arbitraje se basará en el derecho internacional para constatar la denegación de justicia y el daño incuestionable que se deriva del tratamiento (“*injusto e inequitativo*”⁶²⁶) de la inversión.

1. Posición de las partes demandantes

682. En sus memorias y en la fase oral, las Demandantes expusieron (teniendo en cuenta la resolución del Tribunal de 8 de mayo de 2002 relativa a las excepciones sobre el fondo) las razones por las cuales tienen “*derecho a una reparación conforme con los principios generales del Derecho Internacional, los principios elaborados por la jurisprudencia internacional y el Derecho chileno*”.⁶²⁷ A este fin cabe señalar que las Demandantes basan su reclamación principalmente en la noción de expropiación y en el artículo 5 del APPI, mientras que el Tribunal de arbitraje, habida cuenta de los límites temporales de su competencia, estima que la base jurídica correcta de la reclamación se encuentra (y sólo puede encontrarse) en el artículo 4 del APPI relativo al tratamiento justo y equitativo. Las partes demandantes subrayan que “*la ‘Decisión N.º 43’, y el mecanismo puesto hoy en práctica para pagar una suma aproximada de US\$9 millones a terceros no propietarios*” constituyen “*asimismo*” una violación del API de 2 de octubre de 1991.⁶²⁸

683. Por último, calculan su perjuicio en US\$52.842.081 en lo que respecta al *damnum emergens* y en US\$344.505.593 para el *lucrum cessans*, cantidades que deben completarse

⁶²⁶ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 446 (Sr Di Rosa).

⁶²⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, de 11 de septiembre de 2002, p. 2.

⁶²⁸ Ídem.

e incrementarse, en particular, con la reparación del daño moral infligido al Sr. Pey Casado.⁶²⁹ La cuestión de los intereses y de su cálculo se abordará más adelante.

2. Posición de la parte demandada

684. Tal como se desprende de los hechos y de la exposición anterior, al haber negado, por los motivos anteriormente expuestos y examinados, al Sr. Pey Casado y a su cesionaria, la Fundación Allende, toda legitimidad para presentar reivindicaciones y reclamar reparación, la Demandada no ha juzgado necesario o útil cuestionar o refutar las tesis de las Demandantes en cuanto a la evaluación de un perjuicio (según ella inexistente). Sin embargo, sí cuestiona con firmeza los métodos de evaluación de daños y perjuicios empleados por las partes contrarias. En este contexto, la Demandada presentó un importante informe pericial⁶³⁰ para refutar el informe de evaluación presentado por las Demandantes relativo al grupo de empresas “*El Clarín*”.⁶³¹

3. Conclusiones del Tribunal de arbitraje

685. En este caso concreto, el Tribunal de arbitraje considera superfluo realizar un análisis exhaustivo de los argumentos sostenidos por las Demandantes en cuanto a la evaluación de los distintos perjuicios que alegan haber sufrido, y ello tanto por razones de hecho y de prueba como por el comportamiento de la Demandada. No obstante, recordará que autoridades chilenas han reconocido que el Sr. Pey Casado era propietario de los títulos confiscados⁶³² y que la Demandada no ignoraba la reivindicación del Sr. Pey Casado de una compensación cuando decidió indemnizar, en cambio, a terceras personas, acto que desde el punto de vista del Tribunal constituye una clara violación del derecho a un “*tratamiento justo y equitativo*” previsto por el APPI.

⁶²⁹ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, de 11 de septiembre de 2002, p. 2.

⁶³⁰ Evaluación realizada por el Sr. Brent C. Kaczmarek, de 3 de febrero de 2003, presentada por la parte demandada para apoyar su Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003.

⁶³¹ Informe emitido por “Alejandro Arráez y Asociados, S.A.” sobre la evaluación del grupo de empresas chileno “Clarín”, de 3 de septiembre de 2002; informe emitido por “Alejandro Arráez y Asociados, S.A.” complementario al emitido el 3 de septiembre de 2002 sobre la evaluación del grupo de empresas chileno “Clarín”, de 28 de octubre de 2002; y comentarios sobre el informe de contestación emitido por el Sr. Kaczmarek, de 19 de febrero de 2003.

⁶³² Véase, por ejemplo, el Decreto Supremo n° 1200 de 25 de noviembre de 1977 (anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

686. Cabe señalar en primer lugar que los argumentos de las Demandantes sobre la evaluación del daño (y por consiguiente, la refutación presentada por la Demandada con el informe pericial Kaczmarek, por ejemplo) se refieren a la expropiación ocurrida en Chile durante el período de 1973-1977, principalmente en 1975, y confirmada posteriormente.
687. Ahora bien, el Tribunal de arbitraje concluyó anteriormente que a la expropiación de 1975 no se le podían “*aplicar las disposiciones sustantivas del APPI*”, ya que éstas (por lo que respecta, por ejemplo, al “*tratamiento justo y equitativo*”) sólo son aplicables a los actos posteriores a la entrada en vigor del tratado.
688. El simple hecho de descartar del examen del Tribunal de arbitraje la expropiación que se produjo antes de la entrada en vigor del tratado, implica que las alegaciones, discusiones y pruebas relativas al daño sufrido por las Demandantes debido a la expropiación,⁶³³ carecen de pertinencia y no pueden ser admitidas para tratar de establecer un perjuicio, derivado de otra causa, de hecho y de derecho, como es la de la denegación de justicia y el rechazo de un “*tratamiento justo y equitativo*”.
689. En el ejercicio de su derecho y poder de apreciación de la prueba, el Tribunal de arbitraje se ve obligado a constatar que las Demandantes no aportaron ninguna prueba, o al menos ninguna convincente, ni documental, ni testimonial, ni pericial, de los importantes daños alegados y causados por los hechos comprendidos en el ámbito de la competencia *ratione temporis* del Tribunal de arbitraje, tanto en lo que respecta al *damnum emergens*, como al *lucrum cessans* o al daño moral, siendo la mera apariencia de un daño evidentemente insuficiente en las circunstancias concretas de este caso.
690. El Tribunal de arbitraje no subestima las dificultades prácticas a las que pueden verse confrontadas las Demandantes en la búsqueda y obtención de pruebas, cuya carga les incumbe, de los daños alegados y de su importe. No por ello, tomaría la iniciativa de recurrir a uno o varios informes periciales por considerar que estos últimos podrían aportar o facilitar las pruebas necesarias que las Demandantes no han podido proporcionar hasta el momento.
691. Sea como fuere, también está claro, y la experiencia arbitral así lo demuestra, que todo recurso a un informe pericial tiende a aumentar, a veces considerablemente, la duración y

⁶³³ La cual se “consumó”, según el Tribunal de arbitraje, “con la entrada en vigor del decreto N° 165 de 10 de febrero de 1975.”

los costos de un arbitraje. En cualquier caso, el Tribunal de arbitraje es consciente de su deber de poner fin, tan pronto como el estado del expediente lo permita, a un procedimiento que ha superado la duración media y que, como se ha visto, se prolongó por diversas razones, entre ellas, la complejidad poco habitual de las cuestiones en controversia y la propia actitud de las partes.

692. Aunque las Demandantes no hayan aportado pruebas convincentes y se excluya la posibilidad de poder recurrir a uno o varios informes periciales, el Tribunal de arbitraje puede proceder a una evaluación del daño con la ayuda de elementos objetivos, ya que, según los datos incuestionables del expediente, fueron las propias autoridades chilenas quienes, tras la adopción de la Decisión N° 43, fijaron el importe de la reparación debida a las personas que, según ellas, tenían derecho a una indemnización.
693. Cabe recordar en este contexto que el perjuicio cuya indemnización se solicita no es el sufrido como consecuencia de la expropiación (demanda no cobijada por las disposiciones sustantivas del APPI), sino el sufrido debido a las violaciones del APPI que fueron constatadas por el Tribunal de arbitraje y a propósito de las cuales es competente para dictar una resolución. Principalmente, la indemnización debe servir para colocar a las Demandantes en la situación en que habrían estado si las violaciones en cuestión no hubiesen tenido lugar, es decir, si las autoridades chilenas hubiesen indemnizado a las Demandantes en vez de a terceras personas no propietarias de los bienes en cuestión al amparo de la Decisión N° 43. En este supuesto, las autoridades chilenas hubiesen tenido que conceder el importe de indemnización que concedieron en virtud de la Decisión N° 43 a las Demandantes del presente litigio, ya que éstas son, como pudo constatar el Tribunal, las verdaderas propietarias de las acciones de las sociedades CPP S.A y EPC Ltda. Por consiguiente, el importe correspondiente al perjuicio sufrido por las Demandantes es el pagado como indemnización en virtud de la Decisión N° 43.
694. La indemnización otorgada al amparo de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 fue concedida por el Ministerio de Bienes Nacionales en virtud de los decretos de indemnización N° 76-79 de 11 de abril de 2002. Se trata de un monto global de indemnización de US\$10 millones, aunque el importe exacto sea objeto de controversia entre las partes.

695. La Demandada comunicó al Tribunal, mediante una carta de fecha 19 de julio de 2007, los documentos que, según ella, permitirían conocer los montos exactos concedidos a los beneficiarios de la Decisión N° 43 adoptada por el Ministerio chileno de Bienes Nacionales el 28 de abril de 2000 y de los decretos N° 76-79.
696. De acuerdo con las Demandantes, el monto exacto concedido fue de 196.736,603 UTM,⁶³⁴ importe que habría sido calculado por expertos nombrados por la administración chilena como correspondiente a la indemnización, aprobado como tal por la orden ministerial N° 165 de 2 de abril de 2002⁶³⁵ e incluido en los decretos de indemnización N° 76-79 de 11 de abril de 2002.
697. Según el artículo 13 de la Ley N° 19.518, “el importe de la indemnización se expresará en unidades tributarias mensuales [UTM] y se pagará en cinco cuotas anuales sucesivas”. Las Demandantes explican, además, que “la UTM es una unidad de cuenta interna de Chile actualizada según la inflación” cuyo “valor publica en Internet el Banco Central de Chile”.
698. En lo que respecta a la conversión del importe UTM a dólares, las Demandantes, basándose en el artículo 8 de la Ley N° 19.518 (publicada en el Diario Oficial el 23 de julio de 1998) relativa a la restitución o indemnización de bienes confiscados, han sostenido que el valor de los bienes inmobiliarios debía indemnizarse “*en la fecha de publicación de la presente ley*”. Según las Demandantes, en esta fecha, es decir, en julio de 1998, “*el importe equivalente a 196.736,603 UTM eran 4.949.105.985 pesos*”.⁶³⁶ Ese día, el dólar se habría cotizado a 465,16. Basándose en esto, las Demandantes argumentaron que el importe preciso concedido a los beneficiarios de la Decisión N° 43 era de US\$10.639.577,74. Además, las Demandantes señalaban que el valor correspondiente a los 196.736,603 UTM a 18 de octubre de 2007 era de US\$13.264.471,02.
699. La Demandada presentó su análisis en las cartas de 18 de octubre de 2007 y de 9 de noviembre de 2007. Apoyándose en una carta de la Tesorería General de la República con fecha 17 de agosto de 2007, la Demandada sostiene que la indemnización en cuestión no se habría efectuado en unidades UTM, sino en otra unidad contable, concretamente la

⁶³⁴ Véase la carta de las partes demandantes de 19 de julio de 2007.

⁶³⁵ Véase la carta de las partes demandantes de 29 de octubre de 2007.

⁶³⁶ Véase la precisión aportada por las partes demandantes en su mensaje de correo electrónico de 19 de julio de 2007.

“Unidad de Fomento” (la UF es, según las Demandantes, una “*Inflation Indexed Accounting Unit*”). Según la Demandada, el monto de la indemnización habría sido de 343.578,61 UF y el equivalente de los montos en dólares pagados durante los años 2003 a 2007 sería de US\$10.132.690,18.⁶³⁷ En cambio, el equivalente de 343.578,61 UF a 11 de abril de 2002, fecha de los decretos de indemnización, habría sido de US\$ 8.674.750,91.

700. Las Demandantes presentaron observaciones adicionales mediante una carta con fecha 29 de octubre de 2007, reiterando su posición de que la fecha crítica para la conversión sería el 23 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley N° 19.518 relativa a la restitución o indemnización de bienes confiscados. En esta fecha, el equivalente en dólares de 343.578,61 UF habría sido US\$10.607.830,77.
701. La Demandada, por su parte, presentó comentarios adicionales mediante una carta recibida el 9 de noviembre de 2007 (aunque fechada erróneamente a 18 de octubre de 2007).
702. El Tribunal estima que no debe pronunciarse sobre las modalidades de los pagos (cálculos, tasas de conversión entre UTM/UF y US\$, etc.) convenidos y efectuados por las autoridades chilenas. Considera que tiene que basarse exclusivamente en el importe efectivamente pagado durante los años 2003 a 2007, cuyo equivalente en dólares es US\$10.132.690,18. El Tribunal de arbitraje considera que la condena de la Demandada al pago de tal importe tiene por objeto colocar a las Demandantes en la situación en la que habrían estado si, después de la entrada en vigor del APPI, hubiesen sido objeto de un tratamiento justo y equitativo, en ausencia de toda denegación de justicia.
703. La denegación de justicia reconocida por el Tribunal de arbitraje en la cuestión de la rotativa Goss no da lugar a ninguna indemnización adicional. En efecto, esta rotativa era propiedad de las sociedades cuyos títulos, pertenecientes a las Demandantes, fueron objeto de la indemnización decidida por el Tribunal de arbitraje.
704. Se justifica añadir una explicación complementaria en lo referente a la demanda relativa al daño moral. Aparte de que las Demandantes no han aportado pruebas que permitiesen evaluar dicho perjuicio, el Tribunal de arbitraje considera que el dictado del presente laudo, principalmente por su reconocimiento de los derechos de las Demandantes y de la

⁶³⁷ Véase la carta de la parte demandada de 18 de octubre de 2007.

denegación de justicia de la cual fueron víctimas, constituye en sí una satisfacción moral sustancial y suficiente.

B. Intereses

1. Posición de las partes

705. En su Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, las Demandantes solicitaban al Tribunal de arbitraje que condenase “*al Estado demandado a pagar a las partes demandantes intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2002 y hasta su completo cumplimiento*”.⁶³⁸ Según las Demandantes, el Tribunal de arbitraje tendría que aplicar intereses compuestos. Para apoyar este argumento, las Demandantes se refirieron a varios laudos, al informe pericial de “*Alejandro Arráez y Asociados, S.A.*”, así como a diversas referencias doctrinales.⁶³⁹
706. En cuanto al momento a partir del cual deberían pagarse los intereses, las Demandantes diferenciaban:
- el “*dies a quo de los daños y perjuicios compensatorios*”, que se debería desde la fecha del acontecimiento que provoca el daño (según las Demandantes, la del embargo de los bienes de CPP S.A. y EPC Ltda. en septiembre de 1973) y que está directamente incluido en el cálculo de los perjuicios de las Demandantes;⁶⁴⁰ y
 - el “*dies ad quem de los intereses de demora*” que consistiría en los intereses debidos desde el 11 de septiembre de 2002 (fecha de la memoria que incluye las conclusiones de las Demandantes) hasta la fecha de ejecución del laudo.⁶⁴¹
707. En cuanto al tipo de interés aplicable, las Demandantes solicitaron al Tribunal de arbitraje que aplique un tipo del 10%, ya que éste es el tipo de interés que se aplica en el informe pericial de “*Alejandro Arráez y Asociados, S.A.*”. Según las Demandantes, ese tipo sería

⁶³⁸ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , p. 150.

⁶³⁹ Véase *idem* pp. 146-149.

⁶⁴⁰ *Ídem*, pp. 143-145.

⁶⁴¹ *Ídem*, pp. 145-146.

“obviamente muy razonable” considerando la práctica seguida en el arbitraje internacional.⁶⁴²

708. La Demandada solicitaba lo siguiente con respecto a la cuestión de los intereses:

*“Para el caso que el tribunal determinase que debe pagarse alguna indemnización por daños, la República de Chile se reserva el derecho de abordar nuevamente el asunto de la tasa de interés y su cálculo, ya que esa tasa y el cálculo pueden depender del tipo de indemnización de daños que se otorgue y de la fecha a partir de la cual se aplique. Para información del tribunal, la indemnización máxima por daños de US\$7.002.629 al 31 de diciembre de 2002, de acuerdo al cálculo del Informe Kaczmarek, involucraría una tasa de interés máxima de 5,8% basada en el cálculo de la rentabilidad sobre activos entregado en el Informe Kaczmarek. La indemnización máxima por daños de US\$4.852.973 al 31 de diciembre de 2002 (es decir, sin el valor de la máquina Goss) involucraría una tasa de interés máxima del 4,7%, también basada en el cálculo de la rentabilidad sobre activos”.*⁶⁴³

2. Conclusiones del Tribunal

709. Según el Tribunal de arbitraje, las Demandantes tienen derecho a percibir intereses compuestos anuales sobre la suma principal, intereses que corren desde el reconocimiento del crédito por concepto de indemnización por parte de Chile en virtud de los decretos de indemnización n° 76-79 de los beneficiarios de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000, es decir, desde el 11 de abril de 2000, hasta la fecha del presente laudo.

710. En efecto, el principio en sí del interés no es ni cuestionado ni cuestionable. Tal como señalaba el Tribunal de arbitraje en el caso CIADI *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, “in accordance with a long established rule of international law expressed since 1872 by the Arbitral Tribunal which adjudicated the Alabama case between the U.K. and U.S.A., ‘it is just and reasonable to allow interest at a reasonable rate’⁶⁴⁴”.

711. El Convenio CIADI y el APPI no proporcionan ninguna indicación sobre las modalidades de este principio (carácter simple o compuesto del interés, tipo, fechas que deben tenerse en cuenta, etc.) Por lo tanto, el Tribunal de arbitraje sólo puede referirse a principios generales y a la costumbre, la práctica y la jurisprudencia internacional, ya que en este caso

⁶⁴² *Ídem*, pp. 148-149.

⁶⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 410-411.

⁶⁴⁴ Caso CIADI n° ARB/87/3, laudo de 27 de junio de 1990, párrafo 112.

concreto (habida cuenta de la naturaleza del presente diferendo, no se justifica ninguna referencia al derecho nacional aplicable).

712. En cuanto a la tasa de interés aplicable, al tratarse de un litigio internacional, se considera apropiado aplicar una tasa del 5%, que refleja una tasa comercial razonable durante el período considerado en razón de la naturaleza del presente litigio.
713. A la indemnización, anteriormente constatada, que ha de pagarse a las víctimas de la violación de la obligación internacional que vincula al inversor con el Estado receptor ¿deben aplicarse intereses simples o compuestos? Aunque en el ámbito de los litigios mercantiles predomina la primera opción, no sucede lo mismo en materia de inversiones internacionales, donde dicha cuestión, ante todo controvertida e incierta, ha experimentado recientemente una clara evolución, como lo demuestra la jurisprudencia y la doctrina.
714. Así pues, en el caso *Wena Hotels Limited c. Egipto*, el Tribunal de arbitraje, suscribiendo al laudo *Metalclad*⁶⁴⁵, declaraba que el interés compuesto:

“will best 'restore the Claimants to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place'. Although the Metalclad tribunal awarded compound interest without comment, this panel feels that a brief explanation of its decision is warranted. This Tribunal believes that an award of compound (as opposed to simple) interest is generally appropriate in most modern, commercial arbitrations. As Professor Gotanda has observed 'almost all financing and investment vehicles involve compound interest... If the claimant could have received compound interest merely by placing its money in a readily available and commonly used investment vehicle, it is neither logical nor equitable to award the claimant only simple interest'. For similar reasons, Professor Mann has 'submitted that... compound interest may be and, in absence of special circumstances, should be awarded to the claimant as damages by international tribunals'⁶⁴⁶”.

715. Asimismo, en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, el Tribunal de arbitraje, citando varios laudos del CIADI en el mismo sentido, expresó la opinión de que

⁶⁴⁵ *Metalclad Corporation c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 128.

⁶⁴⁶ *Wena Hotels Limited c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/98/4, laudo de 8 de diciembre de 2000, párrafo 129.

“application of compound interest is justified as part of the integral compensation owed to the Claimant as a result of the loss of its investment”.⁶⁴⁷

716. El Tribunal de arbitraje comparte totalmente esta opinión por las razones generales indicadas y habida cuenta de las circunstancias de este caso concreto.

C. Conclusión sobre los daños y perjuicios

717. Por consiguiente, la Demandada debe pagar a las Demandantes un importe total de US\$10.132.690,18, con un 5% de interés compuesto anual, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío del presente laudo.

718. La República de Chile debe efectuar este pago en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo. Si el pago no se efectúa en este plazo, al importe se le aplicará un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.

⁶⁴⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 196. Véase también *Azurix Corp. c. República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/12, laudo de 14 de julio de 2006, párrafo 440 en el que el Tribunal de arbitraje concluía que “*compound interest reflects the reality of financial transactions, and best approximates the value lost by an investor*”. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, caso CIADI n° ARB/01/7, laudo de 25 de mayo de 2004, párrafo 251: “[...] *compound interest is more in accordance with the reality of financial transactions and a closer approximation to the actual value lost by an investor.*”, referente al laudo del Tribunal de arbitraje en el caso *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI n° ARB/96/1, laudo de 17 de febrero de 2000, párrafo 104: “*Where an owner of property has at some earlier time lost the value of his asset but has not received the monetary equivalent than then became due to him, the amount of compensation should reflect, at least in part, the additional sum that his money would have earned, had it, and the income generated by it, been reinvested each year at generally prevailing rates of interest.*” Véase también *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/99/6, laudo de 12 de abril de 2002, párrafos 174 y 175. El Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/98/4, laudo del Comité *ad hoc* de 28 de enero de 2002, decidió que, incluso en un caso en el que la parte demandante no haya solicitado expresamente intereses compuestos, “*both parties must have been aware of the possibility that the Tribunal, referring to international practice might consider compound interest as ‘appropriate’ in the particular case*”. Entre los ejemplos que figuran en la doctrina, cabe recordar los trabajos de G. Arangio Ruíz, Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *State Responsibility*, [1989] 2 Y.B. Int'l Comm'n 1, 29, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1989/Add.1), y los estudios del juez S. Schwebel, *Compound Interest in International Law*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2/5, noviembre de 2005, y del Profesor J.Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, Oxford University Comparative Law Forum (2004).

IX. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

A. Posición de las partes

719. Por lo que respecta a las costas del arbitraje, ambas partes solicitaron que sea la otra parte quien pague la totalidad de las costas del arbitraje, incluidos los “*gastos y honorarios de los Miembros del Tribunal, los gastos por utilizar las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción, así como los gastos y honorarios de los abogados, expertos y otras personas llamadas a comparecer ante el Tribunal o someterle sus opiniones*”.⁶⁴⁸ Según las Demandantes, a dichas costas deberían agregarse los:

“gastos experimentados para encontrar los títulos de propiedad de CPP S.A. y EPC Ltda. incautados ilegalmente en las oficinas del Sr. Pey el 11 de septiembre de 1973, así como para su recuperación por decisión del 8° Juzgado del Crimen de Santiago el 19 de mayo de 1995, sin los cuales hubiera sido imposible acogerse a la jurisdicción internacional”.⁶⁴⁹

720. Según las Demandantes, la condena de la Demandada a los gastos también se justificaría por la “*falta flagrante de cooperación de la demandada con el CIADI y su obstrucción a la formación y al funcionamiento del Tribunal [...]*”.⁶⁵⁰

721. La Demandada solicita que “*todos los costos en que incurra en el arbitraje la República de Chile sean reembolsados por las Demandantes*”, incluidos “*los honorarios profesionales y gastos, entre ellos los de abogados, peritos, testigos y el tribunal, así como los gastos administrativos de CIADI y varios otros costos administrativos en que haya incurrido la República de Chile durante esta causa*”.⁶⁵¹

722. Las partes sometieron sus costas por carta con fecha de 23 de octubre de 2007 (en el caso de las Demandantes) y de 3 de noviembre de 2007 (en el caso de la Demandada).

⁶⁴⁸ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , p. 149.

⁶⁴⁹ *Ídem*, p. 149.

⁶⁵⁰ *Ídem*, p. 150.

⁶⁵¹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 411.

723. Las Demandantes sostienen que los gastos en que incurrieron ascenderían a US\$1.730.000 en concepto de costas de procedimiento; y a €8.835.996, más US\$1.032.253 en concepto de costas generadas por su representación y los honorarios de sus abogados, peritos, etc.⁶⁵²
724. La Demandada declara haber pagado un total de US\$4.389.111,56, lo que excluye, pues, las costas del procedimiento propiamente dichas.⁶⁵³
725. En una carta de fecha 20 de noviembre de 2007, la Demandada expresó sus objeciones respecto de las costas presentadas por las Demandantes, solicitando al Tribunal que no tuviese en cuenta la documentación proporcionada por las Demandantes para apoyar su carta referente a las costas. Según la Demandada, las Demandantes habrían, *inter alia*, incumplido su obligación de explicar y demostrar las tasas de cambio aplicadas entre las diferentes monedas en cuestión, así como las fechas en que habrían procedido a la conversión. En particular, la Demandada sostuvo que las costas alegadas por las Demandantes serían excesivas y que las Demandantes habrían incumplido su obligación de presentar la prueba de que las costas alegadas eran costas reales, es decir, que los importes en cuestión fueron efectivamente pagados por las Demandantes.⁶⁵⁴

B. Conclusiones del Tribunal

726. Es indudable que al fijar las costas del procedimiento y decidir su reparto, en virtud del artículo 61(2) del Convenio CIADI,⁶⁵⁵ el Tribunal de arbitraje dispone de un amplio poder de apreciación.⁶⁵⁶
727. Hay que distinguir las costas del procedimiento de arbitraje propiamente dichas (que comprenden los gastos del Centro y los honorarios profesionales y gastos de los Árbitros)

⁶⁵² Véase los anexos a la carta de las partes demandantes de 23 de octubre de 2007 y la rectificación en la carta de las partes demandantes de 7 de noviembre de 2007.

⁶⁵³ Véase la carta de la parte demandada de 3 noviembre 2007.

⁶⁵⁴ Véase la carta de la parte demandada de 9 de noviembre de 2007 (con fecha errónea de 18 de octubre de 2007).

⁶⁵⁵ “En el caso de un procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que éstas hubieren incurrido en el procedimiento y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación formará parte del laudo.”

⁶⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. República Argentina Democrática y Popular*, caso CIADI n° ARB/03/08, laudo de 10 de enero de 2005, p. 42.

de las costas en que haya incurrido cada parte para la presentación de su causa y los honorarios de sus abogados, expertos, etc.

728. En el caso de las primeras, el Tribunal de arbitraje tendrá en cuenta todas las circunstancias de este caso concreto, el desenlace de la causa y las respectivas actitudes de las partes. A este respecto, tal como se desprende de los análisis y conclusiones anteriores, se ha dado la razón a las partes demandantes en lo esencial, tanto en lo que concierne a la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje, principio de responsabilidad de la República de Chile y violación de la obligación internacional de garantizar a la inversión un “*tratamiento justo y equitativo*”, como en cuanto al fondo, condición de propietarias de las inversiones objeto de las diversas medidas adoptadas por las autoridades chilenas. Ello pese a la firme oposición presentada desde el inicio a la competencia internacional y a sus reclamaciones. A la luz de estos hechos, se considera relativamente secundario que el monto de la indemnización finalmente otorgada a las partes demandantes no represente más que un pequeño porcentaje de los daños y perjuicios solicitados por ellas.
729. Además, el Tribunal de arbitraje considera oportuno tomar en consideración la actitud de las partes, así como su grado de cooperación en el procedimiento y en la misión confiada al Tribunal. Desde este punto de vista, es preciso señalar que la duración del presente procedimiento, y por consiguiente sus costas para todas las partes y para el Centro, se han visto considerablemente aumentadas debido a la estrategia adoptada por la Demandada que consistió, además de las excepciones habituales o “*normales*” a la competencia, en multiplicar objeciones e incidentes a veces incompatibles con las prácticas del arbitraje internacional.
730. Dicho esto, la solución habitualmente adoptada por los tribunales de arbitraje internacionales, consistente en disponer que cada parte soporte sus gastos y costas⁶⁵⁷ no sería adecuada, según el Tribunal de arbitraje, pues se justifica que la parte demandada contribuya a los gastos y costas incurridos por las partes demandantes, que el Tribunal considera razonable fijar en US\$2.000.000 (dos millones).

⁶⁵⁷ Esto fue así, por ejemplo, en el caso *Maffezini c. España*, caso CIADI n° ARB/97/7, laudo de 9 de noviembre de 2000, párrafos 98 y 99; *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, el caso CIADI n° ARB/99/6, laudo de 12 de abril de 2002, párrafo 176; *Metalclad Corporation c. México* y el caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 130.

731. En cuanto a los gastos del procedimiento propiamente dicho, el Tribunal de arbitraje considera apropiado, habida cuenta de las circunstancias y observaciones precedentes, que sean soportados por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes. En consecuencia, el Tribunal de arbitraje ordena a la Demandada pagar a las Demandantes la suma de 1.045.579,35.⁶⁵⁸
732. La República de Chile debe efectuar estos pagos en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo. Si estos pagos no se efectúan en dicho plazo, a los importes se les aplicará un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.

⁶⁵⁸ El monto total de los gastos del procedimiento (US\$4.182.524,45), contiene una estimación de los gastos de envío del laudo y puede, por lo tanto, estar sujeto a una variación mínima. Un estado financiero será presentado por el CIADI una vez que la cuenta esté cerrada. Además, el costo total del procedimiento es superior al monto de los anticipos pagados por las partes (US\$4.109.900). La diferencia es cubierta por los intereses generados por la cuenta del caso, es decir, US\$72.627,97 (monto determinado a la fecha de envío del laudo, el que puede aumentar hasta el cierre de la cuenta). La suma de US\$1.045.579,35, que debe ser pagada por la Demandada a las Demandantes, es el resultado de la diferencia entre los 3/4 del total de gastos del procedimiento (US\$3.136.893,34) y los pagos anticipados efectuados por la Demandada (US\$2.055.000) a los que deben añadir la mitad de los intereses generados (US\$36.313,99).

X. PARTE DISPOSITIVA

Por estos motivos

El Tribunal de arbitraje, por unanimidad,

1. decide que es competente para conocer del litigio entre las Demandantes y la República de Chile;
2. constata que la Demandada ha violado su obligación de garantizar a las Demandantes un tratamiento justo y equitativo, incluida la obligación de abstenerse de toda denegación de justicia;
3. constata que las Demandantes tiene derecho a compensación;
4. ordena a la República de Chile que pague a las Demandantes la suma de US\$10.132.690,18, con un interés compuesto anual del 5%, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío del presente laudo;
5. exige a la Demandada que contribuya a las costas y gastos incurridos por las Demandantes, con un importe de US\$2.000.000 (dos millones);
6. decide que las costas del procedimiento serán soportadas por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes; y en consecuencia, ordena a la Demandada que pague a las Demandantes la suma de US\$1.045.579,35;
7. ordena a la República de Chile que proceda al pago de las sumas que figuran en la presente parte dispositiva (puntos 4, 5 y 6) en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo, de lo contrario, se aplicará al importe un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.
8. rechaza cualquier conclusión distinta o más amplia.

/firmado/
Pierre Lalive, Presidente
Fecha: 22 de abril de 2008

/firmado/
Mohammed Chemloul, Árbitro
Fecha: 18 de abril de 2008

/firmado/
Emmanuel Gaillard, Árbitro
Fecha: 16 de abril de 2008

LEGAL AUTHORITY CA-133

Document information

Publication

Procedure and Evidence in
International Arbitration

Bibliographic reference

'Part III: The Award, Chapter
15: Costs in Arbitration', in
Jeffrey Maurice Waincymer ,
Procedure and Evidence in
International Arbitration,
(© Kluwer Law
International; Kluwer Law
International 2012) pp. 1191
- 1262

Part III: The Award, Chapter 15: Costs in Arbitration

15.1 Introduction and Policy

The awarding of costs in international arbitration is a troubling topic for a number of reasons. First, there is no consensus among legal families as to the way costs should be awarded in adjudicatory processes. Some follow a loser-pays principle; (1) at the other extreme some require each party to bear its own costs; some adopt a mid-position, differentiating between different types of costs, and only awarding some, the most contentious being legal fees and expenses. (2) A key reason for the differences is that there are important trade-offs between fairness and efficiency under any costs model that make it difficult to identify an optimal policy prescription. The promotion of efficiency calls for controls of both time and cost by parties and arbitrators, (3) and suggests some limitation on the way cases are to be prepared and presented. Yet this needs to be tempered with considerations of fairness and the pursuit of truth, which imply that parties should be given a full opportunity to present potentially costly submissions if they could materially affect the result. That opportunity needs to be viewed from the perspective of the parties at the outset, when their ultimate aim is to win the case. At that point in time it will often be perfectly reasonable to adopt a broad ranging set of strategies in order to win, even though some will ultimately be unsuccessful.

Economic analysis also suggests that whatever costs rules are employed, this will have a significant impact on the kinds of claims brought and hence the essential character of the particular adjudicatory system. (4) Some argue for rules which promote particular investment outcomes. (5) The analysis is further complicated because some see fairness largely from the winner's perspective, implying the desirability of a full indemnity of costs incurred by the winner akin to a damages entitlement. Others see the issue primarily from the loser's perspective in the context of determining a fair contribution from it as to costs. To some, this requires no more than a reasonable cost contribution to the winner's expenses. It may even provide support for the view that each party should bear its own transaction costs of the adjudicatory process, just as they accept the time loss and stresses as dead-weight costs without expectations of compensation. Considering both perspectives simultaneously leads to an immediate conflict between these considerations.

While these are all challenging conceptual issues that militate against a consensus position as to arbitral best practice, there is an important need to find practical and consistent solutions for two key reasons. First, it has long been argued that the total cost of arbitration has grown to a level which is causing dissatisfaction amongst its users. (6) The suggestion is that tribunals need to have a principled basis on which to contain costs. Second, there is little consistency and hence little predictability as to the attitudes of arbitral tribunals to cost awards and cost control strategies. (7) Uniform principles in deciding on which costs to award would thus be desirable.



Michael Bühler suggests that there are two main reasons leading to the uncertainty and lack of consensus about the type and level of costs that should be awarded. (8) He suggests that not all arbitrators adopt the same principles in determining which party should pay which costs and second, that they take different views on which categories of costs are reimbursable. As noted above, a third reason is that there is no consensus as to whether arbitral tribunals should seek to impose reasonable limits based on efficiency concerns and/or fairness to the loser, or to allow all costs so as to indemnify the winner.

A lack of predictability is likely to add to dissatisfaction when the final outcome is known and is also likely to operate as a disincentive to settlement. This is because the less predictable the outcome of any adjudicatory process, the further apart the parties are likely to be in settlement negotiations and hence the less successful those negotiations are likely to be. However, tribunal and institutional fees are generally a small percentage of counsels' fees, hence the key element can be as certain as the parties and their counsel wish. Nevertheless, tribunal and institutional fees are not insignificant and the latter are a key driver as to which institution is selected. A lack of predictability on cost allocation may also impact upon decisions taken during the proceedings. An example would be a party deciding whether to advance the costs unpaid by the other party where the latter chooses to refrain from involvement in proceedings. If the party wishing to continue does not know whether it will be reimbursed that cost, this will be a disincentive to them choosing to continue the proceedings. The other problem with a lack of certainty is that because parties, counsel and arbitrators may all come from differing legal cultures, they may have vastly different expectations as to the treatment of costs, which could also lead to unnecessary tension when the disparity of views comes to the fore. When uncertainty in any legal system is too acute, it affects the overall respect for

and ultimately the legitimacy of the system.

However, any attempt to be too prescriptive as to the way costs should be allocated might prevent justice being done on a case-by-case basis through proper consideration of a range of variable factors. An overly prescriptive regime would also inevitably involve a priori choices between conflicting meritorious or at least tenable values, such as the wish to adequately compensate winners but also provide reasonable limits as to what a loser should be asked to pay and the separate wish to consider procedural behaviour as well as relative success in deciding who deserves compensation. There would be no consensus as to the way these a priori choices should be made.

In addition to these broad policy challenges, there is the added problem of determining the powers and duties of arbitrators in seeking to control costs and how their wish to do so may be impacted upon by party autonomy and/or *lex arbitri* and/or potential annulment or enforcement challenges. Any attempt to control costs has to be considered both in terms of express and implied powers and also subject to mandatory due process norms that would prevent undue interference. The issues raised in this chapter thus overlap with the broader issue of tribunal control over procedure considered in Chapter 6 and the rights and duties of arbitrators considered in Chapter 2.

This chapter discretely considers what powers a tribunal has to award or otherwise control costs, how a tribunal ought to award costs, how tribunals otherwise control proceedings to promote cost effectiveness, and where institutions are involved, how they may also engage in cost control.

15.2 Arbitral Laws and Rules

15.2.1 Is It a Question of Procedure or Substance?

In considering the rights and duties as to costs in arbitration, there is a preliminary issue as to whether this is a procedural or substantive question, as this determines which arbitral rules and principles will be relevant. It is generally accepted that determinations as to costs and fees are matters of procedure, (9) although a number of US courts have still divided as to whether such awards are governed by procedural or substantive law. (10) Some see a distinction between the general power to make costs awards, a commonly agreed procedural matter and second, the standards to apply. For example, the key justification for a loser-pays approach is substantive, in seeking to fully indemnify the winner and put it in a position it would have been in financially but for the default on the part of the losing party.

As to the proper standards, while Born accepts that the authority to award costs is procedural, he notes that it has been suggested that the substantive law governing the parties' underlying contract or dispute ought to provide the standard for awards of legal costs. In some cases the applicable substantive law might also have an express provision in relation to costs. (11) Nevertheless, Born advocates the adoption of international standards. He suggests that the *sui generis* standards of institutional rules and arbitral practices typically 'provide that (a) the prevailing party is presumptively entitled to a costs award; (b) only reasonable costs will be reimbursed; and (c) expenses that were inefficient or unnecessary will not be reimbursed, while costs resulting from the need to respond to unreasonable or uncooperative actions will be recoverable'. (12) Such standards are as arguable as anything as an optimal trade-off between fairness and efficiency.

15.2.2 Costs versus Damages

While costs powers will largely depend upon an analysis of the *lex arbitri*, arbitral rules and any agreement between the parties, a claimant might also look to the substantive law of damages for breach as an alternative ground for seeking indirect compensation for costs. The damages approach is of course not procedural and would depend on the substantive law as to damages entitlement and quantum. Key issues would be the applicable test of causation and whether a party's choices as to cost expenditure break the chain of causation. There would also be questions as to the duty to mitigate and how this impacts upon choices in the proceedings.

One suggestion is that this may at least arise in circumstances where procedural law does not allow for redress. (13) It is not clear why the entitlement should be limited to these circumstances alone as a damages right is an independent right if made out, although double compensation should obviously not be permissible. Furthermore, while parties might sensibly be more inclined to consider claims for consequential damages where there are procedural limits on costs awards, there is no guarantee that this would be effective. While unlikely, if there was a clear proscription against certain costs in the *lex arbitri*, (14) a tribunal may well take a substance over form approach and deny an award of costs when recharacterised as consequential damages. The better view should be that each claim is treated on its merits.

Examples of circumstances where costs might be properly characterised as damages include claims for breach of the arbitration agreement itself if a party subject to it nevertheless attempts to commence court proceedings. Each adjudicator would again

need to ensure that there is no double dipping between a costs claim in the arbitration and any costs sought from the court in an application to bar ● the litigation. (15) A party who was forced to pay the whole advance on costs might also sue for recovery of a half share on the basis that the other party is in breach of the arbitration agreement. Such a claim might be easier with institutional arbitration where an agreement to the institution constitutes agreement to a specific costs schedule, although a well-drafted ad hoc arbitrator's contract might lead to the same outcome. This is discussed further in section 6.11.

The consequential damages route only applies to a successful claimant and not a respondent who merely defends a claim. (16) Where the respondent successfully defends, its claim for costs must flow from the procedural rules of the arbitration itself as it is not based on any breach by claimant, (17) unless the claim was seen as vexatious or frivolous, in which case, damages may have relevance. (18)

15.2.3 Cost Criteria in Arbitral Statutes and Rules

Because of the lack of consensus among domestic jurisdictions, it is understandable that drafters of international arbitral rules provided little guidance on the approach to costs issues, although virtually all provide discretion for these to be awarded. Before considering a range of models, it is important to consider their status as either mandatory rules or conversely, those that are subject to contrary party agreement.

15.2.4 Mandatory Rules as to Costs

Generally speaking, there are few, if any, express mandatory rules in relation to cost determinations by tribunals. This means that the contents of the *lex arbitri* and arbitral rules can be varied by party agreement. Section 60 of the English Arbitration Act 1996 is an exception and provides that '(a)n agreement which has the effect that a party is to pay the whole or part of the cost of the arbitration in any event is only valid if made after the dispute in question has arisen'. (19) Pre-dispute cost agreements of this nature would even exclude each party agreeing in advance of a dispute to bear their own expenses and share tribunal costs. (20)

●

Due process norms such as Article 18 of the UNCITRAL Model Law are also mandatory. They impact directly on tribunal procedural discretions aiming to promote efficiency. It is at least arguable that they also indirectly impact upon efficiency-based cost determinations if a party could legitimately argue that it was induced to refrain from availing itself of due process rights based on a warning by the tribunal as to an adverse cost determination were it to do so.

15.2.5 Costs Provisions, Discretions and Discretionary Criteria

While most institutional rules ultimately leave cost decisions to the discretion of the arbitrator, they vary between those that are wholly silent on the matter of costs, those that simply provide a broad discretion, (21) and those that provide guidance on the criteria for awarding costs. (22) The latter typically rely on presumptions such as that costs follow the event or that costs should be awarded in proportion to relative success. Even where rules raise a presumption that loser pays (at least in part), these will invariably empower an arbitrator to depart from the presumption in appropriate circumstances. Some also seek to limit and/or articulate the *range* of costs to be considered. The rules may also seek to impose limits as to *level* of costs, most particularly allowing only for the award of 'reasonable' or 'necessary' costs.

The working group dealing with the UNCITRAL Model Law did not consider that costs were appropriate to be dealt with in the Model Law. (23) While the Model Law is itself silent as to costs, a number of States that have adopted the Model Law have added provisions expressly granting tribunal jurisdiction over costs awards. (24) There is also no reference to costs in Swiss or French arbitral legislation. The US Federal Arbitration Act does not mention costs but some US state laws do, as do the ICDR Rules. The proper approach where the *lex arbitri* is silent as to costs is considered in section 15.2.7 below. Rebuttable presumptions that costs follow the event are included in English and German arbitral legislation. (25) Similar presumptions are contained in various arbitration rules. (26) Article 42 UNCITRAL Rules 2010 states that the costs of arbitration shall in principle be borne by the ● unsuccessful party. Nevertheless, it has been noted that there remains a broad discretion under the UNCITRAL Rules. (27) The Japanese Arbitration Law provides for the opposite presumption, namely that each party shall bear the costs it has disbursed with respect to the arbitral proceedings, absent contrary agreement. (28)

Where some form of loser pays is involved, there is some difference between the English Arbitration Act 1996 referring to costs following 'the event' and Article 28.4 LCIA Rules which speaks about 'relative success and failure'. The difference may be between awarding costs to the party determined to be the overall winner under the Act or alternatively, looking at it from an issue-by-issue basis under the Rules, although it is also arguable that costs following the event is a vague expression which can be interpreted to also encompass relative success considerations. These two approaches are discussed further in sections 15.7 and 15.8 below. Some rules are drafted in a way which

makes it arguable that costs following the event is the defining factor even though this is not directly articulated. For example, Article 44 of the SCC Rules indicates that the tribunal may at the request of a party, order one party to pay another party's costs 'having regard to the outcome of the case'. Similarly, Article 31 of the ICDR Rules defines legal costs as 'the reasonable costs for legal representation of a *successful* party.' (emphasis added)

Article 37 of the ICC Rules 2012 does not contain a presumption that costs follow the event but indicates expressly that one relevant factor may be 'the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner'. (29) As noted, some rules also seek to limit the level to reasonable costs. Non-mandatory provisions of the English Arbitration Act 1996 provide in principle for limitations of recoverable costs and fees to reasonable amounts. Doubts as to reasonableness are to be resolved in favour of the paying party. (30) Article 41 of the UNCITRAL Rules 2010 allows for a party to refer tribunal fees to an appointing authority to determine if the fees are inconsistent with the tribunal's proposal or are otherwise 'manifestly excessive', in which case the authority can make binding adjustments.

Finally, some rules seek to articulate the various categories of costs to be considered. In some cases this is defined exhaustively. (31) Some rules also seek to distinguish between the treatment of different types of costs. For example, the difference in attitude between legal families as to tribunal and party costs, particularly as to legal representation, was thought to be reflected in the way the UNCITRAL Rules were formerly divided. (32) Articles 40-42 of the UNCITRAL Rules 2010 no longer maintains any presumptive distinction.



15.2.6 The Relevance of Domestic or National Laws

It has been suggested above that costs issues are procedural and that the arbitral statutes and rules applicable should be the gateway to determining costs issues. For non-mandatory rules, party autonomy is thus controlling. As noted above, Born has also advocated the application of *sui generis* international principles. Based on these approaches, while it would be undesirable for a tribunal to apply domestic law in considering costs matters, domestic practices may influence their discretion from time to time.

In some cases this would arguably be inappropriate. For example, in *Him-purna*, (33) legal representation costs were not awarded because 'recovery of significant legal costs is foreign to the legal system of Indonesia, where the parties chose to hold the arbitration'. Arguably, the domestic litigation law of the place of arbitration itself ought not to be determinative. Certainly if the parties to an arbitration with a seat in Indonesia were American and Indonesian respectively, the same conclusion could be based on their understanding of the common norms in each country's court processes and hence their likely expectations. Even then they may have selected arbitration in large part to opt instead for the international norm, where costs often follow the event. However, given the size of the award and the decision to resolve many complex questions in favour of Indonesia, the outcome may well have been a very sensible and practical one.

One undesirable inroad from domestic practice would be if arbitrators simply adopt the approach they are familiar with domestically. Derains and Schwarz, speaking of ICC practice, suggest that national background often influences arbitrators. (34) While domestic laws do not apply as of right and might at times be inappropriately influential, at times they can aid in the analysis. For example, it is inevitable that modern litigation developments based on comprehensive reform analysis might have influence over time. Thus, civil procedure rules such as those incorporated in England following the Woolf reforms can influence the kind of logical arguments that might be put to a tribunal with a broad discretion. There is nothing problematic in this as long as it is based on adequate reasoning with proper attention to whether the principles should properly be applied to international arbitration. In this context, the English Civil Procedure Rules introduced in 1999 now call for a court to have regard to all of the circumstances of the case including relative success, party conduct, payments into court and admissible offers of settlement, conduct before proceedings, including time limits of raising issues, and accuracy of the claim. The court is also asked to generally consider whether the costs incurred were proportional and reasonable. (35)



Price and Stans argue that many of these principles should be applied in international arbitration. (36) This section is not arguing for or against that proposition, but simply suggesting that counsel might well ask a tribunal to consider the reasoning behind a carefully considered domestic reform analysis.

Domestic laws might also indirectly impact on certain types of costs. For example, the residence of counsel may be relevant, given that legal fees will typically be calculated based on national practices. (37) This may be relevant as a test of reasonableness where that is a criterion, although matching international levels when domestic ones are lower is not necessarily unreasonable.

15.2.7 What are the Powers If there is No Mention of Costs in the *Lex Arbitri* or any Selected Arbitral Rules?

Note was taken above of rules such as the UNCITRAL Model Law and US, Swiss and French statutes that make no mention of powers over costs. Here, there is a foundational question as to whether a tribunal nevertheless has a residual discretion to award costs. The question assumes no specific power emanating from the arbitration agreement or selected rules. Because arbitrators are always given an overriding express discretion to determine procedure unless proscribed in the *lex arbitri*, rules, or party agreement, it is commonly accepted that these general procedural discretions are broad enough to cover costs awards. (38) Born also suggests that the power to award costs can be implied from the parties' arbitration agreement, citing Bühler and Webster, (39) although this would depend on the method of interpreting that agreement, including an analysis of legitimate expectations to that end (40) and the background of the parties. Born further suggests that this 'is a natural and inherent aspect of ● the tribunal's authority (absent contrary agreement)', which if correct, supports the implied agreement analysis. (41)

The situation may be different if the particular jurisdiction generally does not support costs awards to the winning party. Jurisdictions that may not have viewed costs as an inherent adjudicatory power would typically provide express powers in their arbitration statutes. (42) As noted, the Federal Arbitration Act (US) has no provision dealing with allocation of costs and attorneys' fees. Because of the broad support in that jurisdiction for the rule requiring each party to bear their own costs, this has led some courts to consider that arbitrators might lack the authority to award such fees. Courts in the US have at times overturned awards on the basis that awards of costs go beyond arbitral power, although some courts have taken the opposite approach, concluding that an arbitral tribunal has an inherent power unless prevented by contract and Born, discussing these cases, suggests that the American rule should not apply just because the parties have selected a seat in the US or selected US substantive law. (43) He suggests that it is meant specifically for domestic litigation, although he notes some contrary US authorities. His view is certainly to be preferred.

With the possible exception of the US, the prevailing view is, therefore, that broad procedural powers encompass costs entitlements and that an enforcement court should not hold in such circumstances that a tribunal has exceeded powers. Nevertheless, because there are possible conflicting views and because party autonomy is paramount, the most sensible solution is to be clear in the arbitration clause or a submission agreement or through selection of arbitral rules as to what the tribunal is empowered to do where the *lex arbitri* is silent. (44)

15.2.8 What If there is a Difference in Terminology between the *Lex Arbitri* and Rules Selected by the Parties?

As a general principle, *lex arbitri* provisions such as Article 19 of the Model Law indicate that the tribunal is bound by a choice made by the parties. Thus, if they ● select a set of rules with differing costs provisions than the *lex arbitri* itself, that should prevail unless provisions in the *lex arbitri* are mandatory. An example of a rare mandatory provision noted above is section 60 of the English Arbitration Act which proscribes pre-dispute agreements to impose costs on a party.

Where non-mandatory provisions are concerned, an important question is whether detailed principles in the *lex arbitri* still apply where the parties have then selected a set of arbitral rules that include a very broad discretion. An example would be an arbitration with its seat in Japan where the *lex arbitri* has a presumption that each party bears its own costs subject to an agreement to the contrary. What if the parties selected the ICC Rules to apply which has a general discretion as to costs but no presumption either way? Have they reversed the presumption in the *lex arbitri*, have they left it entirely to the discretion of the arbitrator or have they failed to do enough to displace the statutory presumption that each bears their own costs? While the second alternative seems the proper one absent evidence to the contrary, questions of this nature are simply questions as to determination of the parties' true intent in the absence of unambiguous guidance. If parties know what they mean they can say so expressly. At the very least, counsel and arbitrators need to be aware when uncertainty may be caused simply through differences between the *lex arbitri* and the rules. If a tribunal raises this issue with the parties at an early stage, they can ideally come to some agreement. If they are unable to do so, they can still be asked to make submissions about the tribunal's proper powers in the face of their differences in view. Absent further guidance it is still the case that a broad discretion in selected rules should not be read down by non-mandatory provisions in the *lex arbitri*.

Absent any such clarification, where a very prescriptive code such as that contained in the English Arbitration Act 1996 also sees selection of a very general set of rules, this is not seen by some commentators as sufficient evidence of opting out. (45) Mustill and Boyd also suggest that a contracting out of the entire 1996 Act cost provisions without any replacement may not be permitted, (46) although that again should be seen as a matter of interpretation, as the parties could surely expressly agree to not be bound by limits or presumptions in non-mandatory aspects of any *lex arbitri*.

15.2.9 Court and Institutional Assistance in Cost Determinations

Some arbitral rules call for court involvement in cost assessment, at least on a voluntary basis. Under the English Arbitration Act 1996 there is an entitlement to apply to the court in relation to the fees and expenses of arbitrators and also where ● the tribunal does not determine recoverable costs. (47) The Singapore International Arbitration Act provides for taxation of costs directed by an arbitral award. Section 21 indicates that unless the award otherwise directs, the costs are taxable by the Registrar of the Singapore International Arbitration Centre. (48) Section 27 of the Australian International Arbitration Act provides that the tribunal may tax or settle the costs. If the tribunal does not tax or settle costs that are to be paid by an award, then a court having jurisdiction under Article 34 of the Model Law may hear an application for setting aside the award. The revised UNCITRAL Rules 2010 allow for review by the appointing authority or in default by the Secretary-General of the PCA, although review is limited to either analysing the consistency with prior notification of the conditions or determining whether the fees are 'manifestly excessive'. (49) The express review mechanisms in institutional or UNCITRAL Rules should take precedence over mechanisms in the *lex arbitri*.

Even if there is an option of referring the matter to a court or court Registrar, if this is not mandatory this might not necessarily be preferred as the arbitrator knows the case better than any such third person. This needs to be taken into account in deciding whether to exercise such rights. (50) Institutions will also typically control costs. For example, they will fix the arbitrators' fees and expenses rather than the tribunal itself. (51) Institutional control over costs is discussed further in section 15.16 below.

15.3 Costs where a Tribunal Denies Jurisdiction

It has been suggested above, that regardless of whether express or implied in the *lex arbitri*, a tribunal has power to award costs. One distinct situation that requires further analysis is where a tribunal denies jurisdiction and the respondent seeks costs. While the doctrine of competence-competence is readily accepted in virtually all *lex arbitri*, allowing a tribunal to determine that it has no arbitral jurisdiction, more problematic is whether it can award costs concurrent with making such a negative determination. There are competing conceptual views: those in favour argue that competence-competence extends to all aspects of an adjudicatory determination, including any relevant collateral order as to costs. The contrary view is that the jurisdiction to award costs only flows from a valid arbitration agreement which is not present when jurisdiction is denied. The view that an incidence of the competence-competence power is ● the power to make a costs award in favour of a prevailing party is to be preferred. (52) A number of cases have seen arbitrators consider that they have inherent power to award costs in a successful challenge to jurisdiction. (53) Bühler makes the sensible observation that if the respondent had not taken part in the proceedings to argue against jurisdiction, the claimant would have had to pay the fees in any event. (54) Born also observes that the conceptual problem should not arise if there is a valid agreement and the tribunal is merely determining that the particular claim is outside of its ambit, although that could depend upon one's view as to the nature of jurisdiction. (55) Schwarz and Konrad also support the view taken by Born and note acceptance in German supervisory courts. (56) The power is now expressly granted in section 609(2) of the Austrian Code of Civil Procedure, although the wording is limited to situations where there is no arbitration agreement and not other circumstances where jurisdiction may be lacking. (57)

An express power to award such costs contained in the *lex arbitri*, selected rules (58) or the parties' express agreement would certainly support such an award although one could even take the extreme view that rules only apply where there is a valid agreement to arbitrate. (59) One possible approach is to obtain the parties' express written consent to the assessment of costs in such circumstances. A respondent would probably not wish to refuse such consent as it might make the challenge look weaker. This could also be dealt with through terms of reference where applicable. (60)

15.4 Agreement of the Parties as to Costs

15.4.1 Choosing Arbitration

The first and most important agreement of the parties impacting upon costs is the very choice of arbitration over other dispute settlement processes. Questions of ● costs may be an important element in deciding whether to engage in arbitration as opposed to litigation. For example, an American party used to each party bearing their own costs in domestic litigation, has to consider the extra risks and potential rewards in an arbitration where the rules provide that costs are likely to follow the event.

As to the likely total costs of arbitration relative to litigation, a number of factors ought to be considered by parties and their legal advisers both in terms of choice and in terms of mechanisms of control where arbitration is selected. Some costs are inevitable simply because of the international nature of the adjudicatory process and would apply equally to litigation. An example is where there is a need for translation of documents and interpreters. Some costs are peculiar to arbitration or are higher in that arena. The first of them is the systemic need to pay for the services of the tribunal, pay for a hearing room

and even the inevitable travel and accommodation expenses in international matters, generally higher than in international litigation if a neutral seat is selected. There may also be costs of an arbitral institution. Filing fees with arbitral institutions would often be higher than court costs although each may be subsidised by state tax revenue. A second reason why costs may escalate in arbitration is that concerns for due process and cross-cultural sensitivity have led to international arbitration adopting key features of both civil and common law traditions, arguably allowing for undue repetition and overly expensive processes. For example, in an admittedly extreme scenario, where parties are allowed to have two rounds of pre-hearing written submissions and a post-hearing final written submission stage, with full examination and cross-examination of witnesses, this is far more elaborate than most national adjudicatory models.

However, there are a number of factors that may lead to lower costs in arbitration than litigation. One is the lack of an appeal mechanism in arbitration, although annulment and enforcement challenges may lead to similar costs. A second aspect is that some jurisdictions allow very expensive procedural mechanisms in litigation, such as discovery of documents as of right, while international arbitration may adopt a more constrained approach. There are also some other domestic litigation processes that are not replicated in arbitration, hence reducing the costs of the latter. Examples would be presenting or opposing motions for summary judgment, witness deposition in the US and empanelling juries where these are involved in commercial matters. International litigation may also involve other arguments such as *forum non conveniens* where more than one court purports to have jurisdiction. Arbitrators are also less able to compel evidence from third parties, which is not only an evidentiary problem but also an uncertain costs factor depending on whether courts can assist.

There is little in the way of empirical evidence to identify the likely relative costs in the context of these conflicting analytical considerations. One reason is that it is difficult to compare litigation and arbitration costs without excluding variations in the cases themselves. Commercial arbitration and investment arbitration will often also involve numerous complex matters that do not typically arise in domestic litigation. Comparative costs would also need to take into account the ● time value of money and the time taken to render and enforce a final judgment or award. The overriding point is not to suggest a systemic advantage of one form over the other but, rather, help identify issues that may impact upon choice or design and which can be addressed by the parties as early as possible.

15.4.2 Party Control over Arbitral Costs

As noted above, with the exception of mandatory rules, party autonomy is paramount on all procedural matters, including cost control and cost determinations. While parties often do not make specific agreements as to costs in drafting their arbitration clauses, they should at least give consideration to doing so. Considering costs at the outset could be part of a general approach to conducting arbitration in the most efficient manner. The parties themselves can consider such matters as selecting one arbitrator rather than three and selecting expedited procedures or at least setting benchmarks as to when these should apply. Early consideration of costs issues may also impact upon selection of an arbitrator if a particular costs approach is preferred. An agreed costs protocol would also act as a submission to its terms.

15.4.3 The Relationship between Party Autonomy, *Lex Arbitri* and Arbitral Rules

It must always be remembered that party agreement can either add to or take away tribunal entitlements as to the award of costs. (61) Generally speaking, where the parties have come to an agreement on an issue of costs, this will be binding on the tribunal unless the agreement offends against a mandatory law of procedure. (62) An example of a mandatory provision, as noted above, is the English Arbitration Act 1996 which renders inoperative, cost agreements that try and shift the costs to one party prior to the dispute evolving. An agreement after tribunal constitution that undermines a prior agreement with the tribunal would be problematic as there needs to be consensus to vary such an agreement. Even if there was no agreement, ● problems may also arise where a subsequent agreement of the parties as to costs undermines the legitimate expectations of the tribunal as to the return on its effort, although it would need an extreme set of facts for this to be a barrier where the expectation was not an agreed term.

In other cases, a *lex arbitri* may simply proscribe something but not indicate expressly whether it is mandatory and hence whether the parties can waive the relevant provision. For example, the arbitration statute of Thailand implies that a tribunal cannot award attorneys' fees. (63) What is the situation if the parties expressly empower the tribunal to make such costs awards in an arbitration that is subject to Thai arbitral law? A tribunal might need to form a view as to whether the law is truly intended to be mandatory, namely, one which operates contrary to the will of the parties. While a simple agreement on costs might not at first sight appear to offend against mandatory procedural norms, governments will tend to proscribe cost measures if they feel that these can interfere with access to justice. For example, a cost agreement which tries to put all the costs on one party becomes a disincentive to that party seeking redress before an adjudicatory body. Requiring each party to bear its own costs might be seen by some governments as a

means to encourage costs to be kept low and also leave costs out of settlement negotiations, hence aiding their successful outcome.

A party who has entered into a cost agreement and then seeks to argue that it offends against mandatory laws might also invite consideration of whatever rules of waiver or estoppel might be applicable in the instant arbitration, although some would say it is impossible to waive a mandatory law entitlement. A tribunal might also disregard the parties' agreement where it violates some transnational principle of public policy or was otherwise significantly prejudicial to one party, or where the express agreement can be seen to be contrary to the parties' true intentions. (64) In the first instance, it is likely that an agreement that offends transnational public policy also offends against mandatory procedural due process norms in any event. In turn, this would limit the types of cases where public policy could be legitimately and distinctly utilised to interfere with costs agreements. For example, the better view is that the American rule that each party is to bear their own costs is not a fundamental principle of public policy per se and hence parties can agree to provide for costs orders in that jurisdiction, (65) although issues of unconscionability or unequal bargaining power might be raised in certain circumstances. Absent such factors, from a consent perspective, the presence of presumptive costs rules in particular *lex arbitri* might be the reason why a US practitioner would choose arbitration over litigation or vice versa.



15.4.4 Drafting Cost Agreements

If a power to award costs and fees only emanates from the parties' agreement, care needs to be taken with the drafting, as a supervisory court or tribunal that is not used to such a power might take a restrictive approach to interpretation. (66) Care is also needed as there are so many potential items to cover, that ambiguous phrases might not be held to have covered each relevant matter. (67) For example, if an agreement referred to 'arbitral costs', would this be interpreted to cover legal fees as well as costs of the tribunal? Applicable rules may also raise interpretative presumptions applicable to party agreements. For example, section 52 of the English Arbitration Act 1996 indicates that, unless otherwise agreed by the parties, any obligation under an agreement between the parties as to how the costs of the arbitration are to be borne or under an award allocating costs extends only to the costs as are recoverable.

Even if *lex arbitri* provisions are not mandatory, in some cases it is not clear whether they are opt-in or opt-out provisions. That may impact upon the evidentiary standards required to show contrary party intent. Absent mandatory norms or public policy considerations, if there is any doubt as to the entitlement of a tribunal to award costs under the *lex arbitri*, the parties should make clear in any agreement that they are expressly allowing for or barring fee shifting. (68)

Some arbitration clauses give a claimant an option as to which seat will be used to underpin the arbitration. Given that costs principles differ greatly, a claimant armed with such a power is given an important tactical advantage to select a costs model that would suit its particular interests, although there are other important factors in selecting a seat.

Gotanda has suggested a model clause that might be inserted into the parties' agreement to clarify issues as to the awarding of costs and fees. (69) His model covers express authority, a presumption that the costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party, but also provides that the tribunal may apportion such costs, in whole or in part, where appropriate. His model also requires that the costs of the arbitration shall be reasonable in amount. Finally, he advocates a non-exhaustive list of items being:

- (a) the fees and expenses of the arbitral tribunal;
- (b) any fees and expenses of the appointing authority;
-
- (c) the costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal;
- (d) the travel and other expenses of witnesses; and
- (e) the legal or other costs of the parties.

Whatever the final preferred position, the parties need to consider the extent of the authority, any presumption or other general principles determining entitlement, the range of relevant factors, whether reasonable limits should be imposed, and which types of costs should be covered. If such matters are not included in the arbitration agreement they could be included in a costs protocol at an early stage.

15.5 Arbitral Discretion

15.5.1 Is there a Duty to Decide on Costs?

Because an arbitrator must complete the mandate, an arbitrator with a power to determine costs ought to do so unless the *lex arbitri* or rules entitle it to avoid a determination. (70) In some cases, a failure to award costs may be a ground for

overturning an award. (71) However, the tribunal's discretion should only relate to claims actually made. A tribunal might award costs *sua sponte* if there is egregious behaviour by one of the parties and the new ICC Rules are certainly broad enough to allow this. Arbitral rules may give directions on this issue. Some may be slightly ambiguous in that regard. For example, Article 42.2 of the UNCITRAL Rules 2010 indicates that the tribunal 'shall... determine any amount that a party may have to pay as to costs'. Previously, the UNCITRAL Rules had indicated that the costs of legal representation needed to be claimed in the arbitration. This stipulation is no longer referenced in the new Rules. Hence, it is at least arguable that there is now a direct duty to consider costs in all cases, although this was unlikely to be the intent. In a practical sense, there needs to be some evidence in support of a positive costs order so it would be hard to imagine a tribunal awarding costs without an application before it.

Fouchard et al. observe that even where the parties initially agree to advance the costs, the tribunal is generally required to rule on the ultimate allocation. (72) That is certainly so if the agreement is limited to the notion of an advance. The situation is different if the parties have agreed on final allocation.



15.5.2 The Nature of the Discretion

While it is clear that in virtually all cases tribunals have a broad discretion subject to party agreement and mandatory norms, there are differences in view as to the way this discretion should be applied. In addition to the differences in compensatory models, such as between loser-pays and the American-litigation approach at the two extremes, and differences between indemnity and reasonable limits approaches, some also question whether the legitimate expectations of the parties should be considered. This has led some to suggest that tribunals might consider the laws and practices in the seat or in the parties' own jurisdictions. Looking to the parties' jurisdictions may be sensible if both national systems have an identical costs rule. The more familiar the parties are with a particular approach, the more likely it may fit within their reasonable expectations, (73) although as noted above, even that may be an inappropriate presumption if they have selected arbitration in part to avoid this feature of their domestic litigation systems. Any choice of arbitration is a rejection of some aspects of litigation systems.

While most legislation and rules provide a tribunal with a broad discretion, it is not unlimited. Some supervisory courts would consider that the discretion must be exercised judicially. (74) Limitations on the discretion can also be impacted upon by directions in the *lex arbitri*. For example, under the English Arbitration Act 1996, because of the presumption that costs follow the event, a costs award could be annulled where it wrongly applied that principle. (75)

15.5.3 Tribunal Cost Control

To the extent that they are permitted to do so, arbitrators may seek to control costs directly, through limiting costs awards or indirectly, through their procedural control. For example, as to the latter, limits on the length of hearings, the number of witnesses and total pages in written submissions must indirectly impact upon the costs incurred by the individual parties. The issue of cost control must be considered in the context of party autonomy and the parties' own entitlement to frame their arbitration to achieve desired aims, including in this context, cost efficiency. The duty of efficiency as to cost is enshrined in Rule 7 of the IBA Ethics Rules indicating that arbitrators 'shall do their best to conduct the arbitration in such a manner that costs do not rise to an unreasonable proportion of the interests at stake'. A number of arbitral statutes and rules also direct tribunals to take steps to promote efficiency.

Chapter 2 considered the duty of efficiency more generally. Chapter 6 considered a number of actions on behalf of the parties or tribunal that might promote efficiency. It was therein suggested that the proper approach is to manage proceedings to promote efficiency but without prejudicing fairness, including avoiding disincentives to the parties' legitimate strategies for winning the case which can arise through certain cost allocation presumptions. (76)

Efficiency options by the tribunal might include:

- 1) preliminary rulings that will limit the ambit of research and submissions, e.g. ruling on applicable law at an early stage;
- 2) constraints on time and length such as chess-clock arbitration;
- 3) being open with the parties as to the key concerns of the tribunal so that lengthy submissions are not made on irrelevant matters or on matters that are not seen as contentious;
- 4) invitations to the parties to agree on facts;
- 5) document control strategies such as use of information technology systems; and
- 6) actual determinations on costs or warnings at the outset that procedural behaviour will impact upon final cost determinations.

The last element in the above list deals with the use of costs awards by a tribunal as an

efficiency promoting mechanism. Redfern and Hunter suggest that 'a costs order is one of the few means at a tribunal's disposal to discourage, and in appropriate circumstances to punish, a party's wasteful procedural tactics during an arbitration'. (77) The ICC Report on *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* similarly suggests that '(t)he allocation of costs can provide a useful tool to encourage efficient behaviour and discourage unreasonable behaviour.' (78) It also makes the important point that for this to work successfully as a deterrent, a tribunal should specify at the outset that it will take unreasonable behaviour into account in exercising its costs discretion. (79) ICC Rules 2012 Article 37(5) also expressly deals with such allocations.

Nevertheless, there are a number of difficulties in inviting tribunals to directly control efficiency through costs awards. Because of concerns of due process, arbitrators may feel less able than domestic judges to strictly control party behaviour and thus may find it harder to regulate inefficient practices. This is particularly so when inefficiency is the result of a hybrid procedural model adopting what each party believes to be the most useful processes from its legal culture. Parties who see a tactical advantage in a particular procedural approach might also threaten challenge on due process grounds if the procedural request is not granted. Key examples of the problems facing arbitrators include parties who seek adjournments shortly before key procedural deadlines, unnecessary repetition in written submissions, excessive number of witnesses, over-broad document production applications, written witness statements overlapping with time-consuming evidence in chief, and the utility or otherwise of post-hearing briefs.

There can also be specific problems with some of the above-mentioned procedural cost cutting steps. For example, one problem with tribunals directing the parties as to the matters of greatest interest is that any premature indication can be seen as prejudging what later evidence may indicate. The same may even be so in relation to choice of law, for example, if a closest connection test is to be applied in a complex factual scenario. A further problem arises in multi-person tribunals. For the tribunal as a whole to indicate the areas of greatest concern requires some deliberation at an early stage between tribunal members. (80) If a tribunal exercises a controlling hand too early in the process, it may get it wrong. If it leaves it too late, it may have little impact on the actual fees incurred.

A particular problem is that arbitrators do not have direct control over the major source of costs, namely the fees of counsel. An arbitrator can indirectly control such costs through procedural directions as to written submissions and length of hearings but has no real ability to directly control the amount of work counsel does in preparing the case. Indirectly dealing with this after the event through costs awards is a poor second-best solution as it will be too late to ensure that total costs are not an unreasonable proportion of the interests at stake. Where total costs are unduly high, but the winning party is awarded a lesser percentage of costs accordingly, both parties are likely to come away from the arbitration being decidedly unsatisfied. While this is a problem, the potential for over-servicing by counsel is also a problem in domestic litigation systems, again with little control by the courts save for a power to report counsel to local Bar Associations in egregious circumstances. Arbitrators even have limitations in that regard, given their general duty of confidentiality and the lack of an express power over counsel. Such a power is considered further in section 9.7. Costs discretions are discussed further in section 15.9. A further problem is that while all good arbitrators will follow ethical principles in individual cases, they would have to realise that if they develop the reputation of severely reducing counsels' fee entitlements on a regular basis, such counsel may not recommend them for arbitrations in the future. Furthermore, costs awards in arbitration would never entitle punitive costs absent party agreement. At most the tribunal can seek to indemnify an innocent party.

A more radical approach in order to contain costs in an appropriate case, would be for the arbitrator in conjunction with the parties at an early stage to fix the total sum of money it believes should reasonably be spent on the conduct of the arbitration. The parties would be at liberty to spend more if they wish, but they would be on notice that recoverable costs are likely to be limited to the estimates made. It is certainly desirable that the parties have a clear understanding that costs can too easily escalate to an unacceptable percentage of the amount in dispute. It is also desirable that they have the opportunity to cap the costs by agreement. There are tenable arguments either way as to whether the tribunal should ultimately do so unilaterally. A tribunal that establishes very early and rigid cost caps can have a very positive impact but might also encourage guerrilla behaviour by a party who knows it will lose ultimately, in the hope that it can make the process so costly that a claimant may be discouraged from proceeding. Similarly, if a tribunal is considering applications from the parties as to how to cap costs at an early stage, there is an incentive for the party with a weaker case to advocate strict self-serving caps in the guise of efficiency norms. (81) There is a further problem in that a tribunal may not be in a position at an early stage to make an accurate assessment as to a total costs figure.

An alternative approach is to utilise a percentage cap that guarantees that transaction costs are not too large when compared to the amount in issue. Bernstein argues in favour of a rule of thumb to cap at 20% if there is no reason for a higher amount, with 10% preferable. (82) Suggestions of this nature can be motivated by the fact that parties often

do not understand that legal preparation can expand indefinitely if winning is the only aspiration. If full cost recovery is not applicable, this will often lead to all parties being unhappy with the outcome when all bear an excessive level of net losses from the process. There are problems with an a priori figure, however. Would the 20% be of the claim or the amount awarded? If the former, claims will be inflated; if the latter, it will be less effective as the result is not known when the expenditure is incurred, although it may still be justified as a reasonable limit from the loser's perspective. The need to consider factors such as complexity, and procedural behaviour would also mean that the presumption would commonly be rebutted. Nevertheless, the wish to warn parties that costs can easily match the disputed amount is a laudatory one.

15.6 Presumptions in Costs Awards

15.6.1 Current Practice

Redfern and Hunter suggest that '(i)n general... the procedure in international commercial arbitration is for the arbitral tribunal to have the power to require ● the losing party to pay or contribute towards the legal costs of the winning party.' (83) Other scholarly opinions also support the view that the loser-pays principle is becoming the norm in international arbitration, (84) although the suggestion that it should be seen as best practice has been questioned by Richard Kreindler. (85) There are also many instances where the power exists, but the discretion is not exercised in this way. (86)

Some survey research and harmonisation work support this emerging principle. For example principle 25.1 of the Draft Principles of Transnational Civil Procedure of the Joint Working Group of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and the American Law Institute suggest that 'the winning party ordinarily should be awarded all or a substantial portion of its reasonable costs', although this exercise was not dealing with arbitration. (87) Note was previously taken of Born's suggestion that the sui generis standards of institutional rules and arbitral practices typically 'provide that (a) the prevailing party is presumptively entitled to a costs award; (b) only reasonable costs will be reimbursed; and (c) expenses that were inefficient or unnecessary will not be reimbursed, while costs resulting from the need to respond to unreasonable or uncooperative actions will be recoverable.' (88)

Conversely, Gotanda suggests that while the conventional wisdom in international arbitration is that tribunals adopt the costs follow the event approach, the few studies that have been made and analysis of recent cases suggest that this may not be so and 'awards of costs and fees are often arbitrary and unpredictable.' (89) In *Waguih Elie, George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of ● Egypt*, an ICSID tribunal stated that it 'has also taken due note of the decisions made by previous ICSID tribunals, in light of which it appears that the practice of such tribunals has not been uniform and that the present tribunal therefore, has a broad discretion to apportion costs.' (90) Care should be, taken in comparing comments in commercial arbitration cases with those in investment arbitration cases, the latter having less of a tradition in costs following the event, with some arguing for a contrary position from a policy perspective. Investment arbitration is also an area where there are more likely to be frivolous claims that might challenge legitimate sovereign rights or try and blame the host State for an investment failure truly caused by other factors. Nevertheless, some more recent investment arbitration cases have argued in favour of a loser-pays norm. (91) Susan Franck has undertaken an empirical analysis of the data. (92) A more recent study was undertaken by David Smith. (93) Susan Franck's earlier studies had seen 32.6% involving cost or fee shifts between 1990 and 2006, with 12% shift in arbitral costs but not legal fees, 2% shift in legal fees but not arbitral costs, and 18.4% shift in some of each. Smith's analysis of cases in 2008-2009 saw the figure of some costs shifting increasing from 32.6% to 41.9%. He observed that the bulk of the increase was in awards that shifted legal fees but not arbitral expenses. (94)

15.6.2 Policy Considerations Underlying Cost Discretions

Because tribunals generally have a broad discretion as to the awarding of costs and the models and methods to use, it is appropriate to consider the alternatives and their relative merits as a guide to arbitral practice and as an aid to party advocacy on costs applications. This section looks at broad policy factors as to competing costs principles. The following sections look at how each principle may be applied in practice. Subsequent sections look at individual cost elements.

While there is no consensus worldwide as to the optimal costs model in domestic litigation, as noted in the previous section the most common approach is said to be 'loser pays', otherwise described as 'costs follow the event'. This is the basic approach in common law countries other than the US. At the other extreme is ● the American approach where each party bears its own legal costs no matter who wins, although this is not a uniform approach in all American litigation and may be affected by party agreement to the contrary. (95) Civilian jurisdictions differ primarily as to their treatment of legal costs.

The loser-pays principle is sought to be justified from the perspective of the winner

based on restitution principles. But for the losing party's improper behaviour, the winner would have been better off financially. On this approach, the role of the adjudicator is to return the winner to that position through an amalgam of damages, interest and cost awards. In the extreme, that perspective would only concern itself with the bona fides of the winner's costs and not whether the level was reasonable or not. If the winner had to pay, then the winner should be reimbursed. One argument against this is to suggest that it is not fully analogous with restitution and damages caused by breach, as in any damages assessment there is also a need to consider new intervening events that should not be attributed to the losing party and also consider mitigation arguments. Where counsel and other arbitration costs are concerned, the winner has made a decision as to how much to spend. Where a decision is made to engage in more costs than seems reasonably necessary, not all of the expense can be said to have been caused by the losing party's original breach.

Another possible reason to apply the loser-pays principle is to punish the loser for its behaviour. (96) Imposing costs on a losing party may also be an added disincentive to parties maintaining a losing position in an arbitration or breaching their agreements in the first place. This should not be dependent on whether it is the claimant or respondent which wins. Awarding costs in favour of a successful respondent not only indemnifies it for its losses but also provides a disincentive to inappropriate claims being brought. One suggestion is that this may be less relevant in arbitration where the respondent has willingly signed an arbitration agreement, (97) but there is a difference between agreeing to arbitrate and agreeing to spurious claims. Furthermore, some respondents may not have signed any agreement, for example where there is an erroneous claim of agency, alter ego or group of companies involved. As a general rule it would be undesirable if there was a systemic preference in terms of costs awarded to a winning claimant as opposed to a winning respondent. (98)

However, slavishly following a costs follow the event approach limits the tribunal's ability to discourage inappropriate procedural steps such as excessive ● discovery, requests for adjournment and late provision of submissions. At the other extreme, fairness arguments in favour of the American litigation model might include the suggestion that even losing parties can have justifiable reasons to present claims that are ultimately unsuccessful. An example in international arbitration would be submissions as to applicable law when a tribunal has a broad discretion. Another example might be a jurisdictional claim against a non-signatory under a group of companies theory. Allied to that is the fact that many complex legal and factual arguments may have costs grossly disproportionate to the amount of money in dispute.

The American litigation perspective is also concerned more with systemic efficiency and promoting access to justice. Access is enhanced through reducing transaction costs. This costs rule goes hand in hand with the contingency fee system that has arisen commercially as a result. At the outset, neither party is committed to paying legal fees, although each knows if they win, a contingency is to be paid. A priori each party knows that if they win they will not be fully compensated as to costs but they are likely to be happy with a reduced amount where they win in return for not having to pay either parties' costs if and when they lose. While the upside and downside potentials are arithmetically identical, most people are risk averse, so the American system is seen by many as commercially desirable. (99) When the US Supreme Court articulated the rule, it justified it because of the uncertainty of litigation; access to justice and the added costs of assessing costs claims themselves. (100) The access to justice argument is less relevant to arbitration where the arbitration itself has to have been consent based. (101)

Because both loser-pays and the American litigation rule appeal to conflicting economic efficiency arguments, it is understandable that the true situation may be more complex. For example, it is arguable that where the parties know that the winner will be awarded costs, a higher amount is, therefore, in dispute, which in turn might encourage higher expenditure on legal preparation. (102) The more a party thinks they will succeed, the more they will discount the marginal costs of such legal services, thus providing a further ● incentive towards their expenditure. (103) Costs following the event may also discourage settlement, as anything which increases the disparity between the parties' assessment of the outcome will make it harder for them to find a mutually agreeable figure, although that is a matter of some debate among law and economics scholars. (104) While it is suggested that loser pays should encourage litigants to be more circumspect in deciding what cases to bring or defend, the risk of adverse costs awards may also be a disincentive to the bringing of meritorious claims, particularly by those with limited resources. Conversely, broader economic efficiency considerations would suggest that in most cases where a decision is made on the merits, the loser-pays principle promotes the proper performance of contractual obligations. If a party can benefit financially from breach of contract, it is more inclined to wish to do so. Increasing the costs of such breach will act as a disincentive. There are obviously conflicting tenable hypotheses. As with most aspects of comparative legal analysis, there are thus understandable reasons why different national systems adopted quite different solutions to common problems. The problem in all cases is to find the happy medium. The following sections look at the way the different approaches should apply in practice.

15.7 Costs Following the Event

15.7.1 The Nature of the Loser-Pays Principle

The notion of costs following the event traditionally means that if a party wins as to part, it should obtain its entire costs unless the amount awarded was de minimis, trivial or nominal, (105) although that is not a uniformly held view. Most domestic jurisdictions follow the loser-pays principle with the clear exception being the US. (106) To some, the notion that loser pays or costs follow the event is sufficiently broad to allow a range of variations, including a consideration of *relative success*, discussed in the following section under issue-by-issue costs awards. Furthermore, even in systems that adopt the costs follow the event principle, they will invariably allow judges to vary costs orders, for example where the winning party raised spurious claims. In such circumstances they might deny the winner part of their ● costs and even order them to compensate the loser in relation to defending the inappropriate claims. (107)

Some would justify a winner-take-all approach on the basis that the loser's reluctance to pay forced the arbitration and hence forced the arbitration costs. That would be so for the costs of the arbitration itself but does not deal with the proportionality of the legal fees. (108) Some, therefore, distinguish between procedural and legal costs. Where the claimant succeeds as to part, this still might justify the full costs of the procedure as these needed to be incurred to obtain any relief. The same logic would not support compensation for legal fees in respect of the unsuccessful claims. Another argument in favour of the distinction is that because the parties have agreed on the tribunal and the institution if any, they have agreed to the costs that arise as a result and it more accords with legitimate expectations that the loser should fully compensate the winner as to these. Where legal costs are concerned, each makes a separate contract with their own lawyers. Because there is often such disparity between the financial status of parties and charge out rates of law firms, similar presumptions might not readily apply where each party has no involvement in their opponent's selection of counsel. (109)

Whatever the merits of the arguments, the differing treatment of procedural and legal costs by tribunals is borne out by an earlier ICC study which showed that successful claimants obtained part or all of procedural fees in 81 % of cases but were only awarded legal costs in 50% of cases. (110) A study of CIETAC tribunal decisions concluded that arbitration costs were awarded in approximately 90% of cases, with attorneys' fees only awarded in 28% of such cases. (111)

15.7.2 Determining Who Won under Loser-Pays Cost Criteria

Even if a tribunal resolves to apply the loser-pays principle, in some cases it may not be clear as to who the winner is and to what extent. As noted, there will be a ● different outcome if one took the view that the overall winner deserves full compensation, or instead, whether an allocation should be made on an issue-by-issue basis and even then subject to possible reduction if the amount awarded is significantly less than the amount claimed. An obvious example is a claimant that succeeds in showing liability but only obtains nominal damages. Another complication is if there are claims, counterclaims and set-off applications. Is each individual cause assessed as to costs individually or should costs be considered in relation to the net winner overall? This is discussed further in the following section dealing with issue-by-issue cost awards.

15.8 Issue-by-Issue Cost Awards

Some advocate a costs approach which does not simply seek to identify the overall winner, but attempts instead to apportion costs in proportion to the degree of success. Schwarz and Konrad recommend allocation of costs based on relative success unless special circumstances warrant an exception or the parties otherwise agree. (112) Even here there are still differing approaches that could be considered. One approach would be to look at the ultimate outcome and the degree to which the successful party achieved the remedies that it sought. On this basis a party who claimed USD 1,000,000 via a range of heads of claim and succeeded as to USD 900,000 on one claim only, was nevertheless 90% successful. An alternative approach is to look at how many claims were raised, which were successfully pursued and which were not. Under the above example, if the claimant succeeded on one argument but failed on five, an issue-by-issue approach could suggest that they need to compensate the ultimate losing party who won on five out of six legal arguments and itself only be compensated as to the argument which won. An issue-by-issue approach or a proportion of success approach might thus concentrate on the procedural costs and their reasonableness or the ultimate level of success with very different outcomes. (113)

Where tribunals look at relative success, a number of differing computational options have also been adopted. Some simply try and assess the percentage ● of success and provide the winning party with that proportion of the total costs and fees claimed. (114) Another approach is to net one amount off against the other. For example, if a claimant succeeded as to 80%, it failed as to 20%, the two figures netting out at 60% which might be a basis for a partial award of costs and fees. (115) A quite different result applies if the tribunal considers both success and failure and makes an allocation in relation to each. Bihler uses an example of a claimant only succeeding as to 50% of the claim. In this circumstance, it is arguable that each party was equally successful, claimant in proving

half of its claim and respondent in defending the other half. (116) In Final Award No. 7047, a claimant was held to have succeeded on 50% of the claims. The tribunal awarded it 50% of its costs and fees but also obliged it to compensate respondents for 50% of their costs and fees on the basis that each party had the same relative level of success. (117)

There are no unassailable arguments that could be made for or against any of the above options. Regardless of the computational method adopted, from a policy perspective, any form of issue-by-issue approach alerts parties to the cost downside of unsuccessful claims and defences. As such, a possible efficiency advantage of an issue-by-issue approach is that it might deter respondents from taking an undue number of procedural and substantive defences and provides an equal disincentive against claimants adding a multiplicity of alternative and perhaps speculative claims to their central issues of concern. (118) That would presume that the parties know in advance that this is the costing model that will be utilised.

Nevertheless, there are a range of problems. The first is selecting the particular computational approach out of the range outlined above, given that they lead to vastly differing outcomes. Another problem with an issue-by-issue approach is that it is difficult in many cases to apportion the costs between various claims. For example, interviewing witnesses will typically cover a range of potential claims. The same would be so for general research. It would also be inappropriate to presume that the time taken on an issue is proportional to the words devoted to it ● in written submissions. Another problem is whether an issue-by-issue approach would concentrate on success alone or also on the complexity and reasonableness of the money spent. There may be no correlation between legal effort and the relative success of particular heads of claims. It would also be hard to substantiate any time-based break-up of global figures.

There is also a distinction between success or otherwise as to the basic claim and the degree of success as to the measure of damages claimed. That in turn can be impacted upon by the amount of time and effort the parties devoted to arguing liability and quantum. In addition, a party might only have failed to succeed on some alternative claims that were argued superficially and which took little time and effort on the part of the other party and the tribunal to respond to. There might then be little cause to discount entitlements from an efficiency or indemnity perspective. (119) Considering both complexity and percentage of success is also complicated if consideration is given to whether a party ought reasonably to have taken issue with certain matters or whether it responded to an obviously weak claim with excessive zeal.

A further problem with a rigid issue-by-issue approach is that it might discourage counsel from arguing in the alternative where it would otherwise seem reasonable to do so. For example, in some contract cases it is difficult to determine whether an adjudicator would be more inclined to accept an argument based on a favourable interpretation of ambiguous express contract terms, or on implied contract terms including good faith, or on tortious issues of misrepresentation or on possible ancillary statutory provisions dealing with good faith and/or misleading and deceptive conduct. If the claimant is ultimately successful on only one ground, it is difficult to assert that a priori its alternative claims were inappropriate and should not have been pursued. The better view is, therefore, to not simply look at the outcome but look at what could be said to be reasonable behaviour at the time of bringing the case. Another problem with an issue-by-issue approach is that it itself can add to the costs of the arbitration through parties then arguing about costs in great detail, although the tribunal can impose reasonable limits proportional to the amount in dispute at this stage as well.

15.9 Other Reasons to Award or not Award Costs

The following sub-sections look at various reasons why tribunals might depart from a loser-pays, issue-by-issue or relative-success presumption. The following situations identify a range of factors that could be considered on a case-by-case basis. This can also be impacted upon by applicable laws and rules.



15.9.1 Problems of Proof

In all cases the party seeking costs must provide adequate proof of the entitlement. Given the overriding discretion as to the reasonableness of costs and their relationship to the arbitration, a tribunal may require proof as to the nature and justification for each type of expenditure. At the extreme, a tribunal might reject a claim simply through lack of evidence. (120) Some contentious evidentiary issues may also arise. For example, attorney fee details should not be subject to privilege claims.

15.9.2 The Difficulty of the Case

Some tribunals have taken the view that where cases are finely balanced, notwithstanding that one party must prevail, a full costs award would not be appropriate. The same result might be possible where the tribunal feels that the unsuccessful party simply failed in terms of sufficiency of evidence in a close contest and not because it was unlikely to have had a meritorious claim. (121) The parties' differences might also have

arisen from good faith tenable differences in view. An example might be a BIT dispute where the tribunal believes that the treaty negotiators were responsible for ambiguous drafting that caused a dispute adversely affecting investors.

15.9.3 Party Responsibility for the Dispute

Another area where tribunals might choose to apportion or reduce costs is where each is responsible for the underlying dispute, typically because of inadequate drafting in their commercial agreement. For example, if parties enter into a joint-venture agreement with a clear indication of the inter-party fees to be paid in the first year but with no designation thereafter, resort to arbitration is effectively resort to an expert ruling on a matter that they should have dealt with themselves. A tribunal might thus consider that they should each bear some responsibility for giving rise to the uncertainty. (122)

15.9.4 Considerations of Process

Tribunals might vary success-based cost presumptions to deal with undesirable procedural tactics that have unreasonably added to the overall transaction costs of the arbitration. Examples of conduct by the parties that might lead to adverse costs awards include failure to comply with deadlines requiring follow-up communications and amendments to timetables, late delivery of materials requiring postponement of the hearing, failure to produce documents when required, non-appearance without notice, failure to agree or sign reasonable terms of reference, and waste-fully revisiting matters already decided by the tribunal. (123) A tribunal might also order each party to bear its own costs where it feels that both have created a process where the legal costs far outweigh the amounts in dispute. In the extreme, a tribunal might even say that a successful party has presented its claims in such an obtuse and disorganised way, that the opponent should be given some compensation for excessive costs thereby occasioned. (124) A tribunal might also refuse certain costs of evidence where it believes that evidence was irrelevant or otherwise unnecessary. (125)

Where problematic tactics are concerned there is a need to consider whether costs are to be used merely as an indemnity for losses that result, or as a sanction. (126) Such a sanction can hopefully operate as a deterrent, although again only if the parties are aware at the outset that this approach might be taken. Where indemnity is concerned, there is a need to consider the impact of the behaviour on costs and whether the behaviour has actually led to wasted costs as a result. If so, it is less contentious to make an adverse costs order. However, if the behaviour is unreasonable or disrespectful of the tribunal's orders but does not occasion significant extra cost, a tribunal might be less inclined to make an adverse costs award that simply looks as if it is being punitive, although under most discretions it would still have the power to do so. An example would be a responding party who refuses to attend the scheduled hearing. While it might waste some time at the outset while the tribunal and claimant tries to identify the respondent's whereabouts, ultimately it may lower the cost of the process.

15.9.5 Inflated Claims

A tribunal might vary a costs presumption as a response to inflated claims that are otherwise successful as to part. There are two aspects to the notion of inflated claims. The first is where the claims are inflated from the outset. The second is where the losing party makes a settlement offer part way through the proceedings where this is rejected, but the claimant does not succeed in being awarded a higher amount. This section deals only with the first aspect. The relevance of settlement negotiations is considered in section 15.9.7 below, although it can be noted at this stage that from a policy perspective, there may be inconsistency if a tribunal was willing to reduce entitlements for excessive claims from the outset but not take into account settlement offers during the course of proceedings.

Tribunals will at times reduce the amount of costs awarded or even ask a claimant to bear its own costs where the amount awarded is substantially less than the amount claimed. (127) This may flow naturally under a number of rules which impose reasonableness limits, at least subject to contrary agreement of the parties. (128) Gotanda points out the difficulty in using this approach in complex cases with a multiplicity of claims and counterclaims and where there are also claims for non-monetary relief. (129) This situation is not to be confused with cases where a claimant is wholly unsuccessful. In such a case respondent can be compensated under the costs follow the event principle, although if the claimant loses on jurisdictional grounds there may be arguments as to the tribunal's powers in that regard. This was discussed in section 8.1.

Once again there is a need to consider whether the principle is based on deterrence, indemnity or punitive considerations. For example, it will not always be the case that inflated claims will increase the costs of the process, suggesting that in such cases, full indemnity might still be appropriate if that is the guiding criterion. Where an institution is involved and claimant's exaggerated claim has caused an unnecessarily high advance

to be paid by respondent, this might be held against it in the award of costs. (130) One reason why a tribunal might wish to reduce costs awards when there were inflated claims even absent marginal costs in the proceedings is because that might be the sole reason why the losing party chose to ● defend. If the loser denies reasonable claims, there is much to be said in favour of a full indemnity for a winning party which was forced to an adjudicatory process. Conversely, where claims are inflated, the loser had no alternative but to defend and in fact won in relation to all inflated components. From an indemnity perspective, the unreasonable claim caused the partially successful defensive action.

15.9.6 Failure to Admit and Needlessly Putting the Winner to Its Proof

Another possible factor of relevance is whether a party has unnecessarily forced issues of proof which ought to have been admitted. (131) Thus, if the respondent successfully defends a claim but took issue with all aspects, some of which should have been admitted, costs might still be awarded for wasting everyone's time and expense. (132)

The converse situation is where a successful party only provides its opponent with adequate proof of its entitlement some way through the proceedings. A tribunal might take the view that a more carefully articulated and proven demand at an earlier stage might have led to a settlement or at least led to significant admitted facts. Similar issues arise if a claim is insufficiently clear when first made and is only properly articulated after directions by the tribunal. (133)

15.9.7 The Relevance of Settlement Offers

A more contentious question is whether a tribunal should take account of any settlement offers. Some domestic litigation systems indicate that such offers can be produced to the court after judgment on an application for costs. If they show that a successful party who rejected such an offer did not obtain a significantly higher amount, the loser may not have to pay all of the costs of the litigation subsequent to the time of the offer. The logic is that the overall winner caused those wasted costs by not accepting the reasonable offer. In common law jurisdictions these are described as 'Calderbank letters' or 'sealed offers'. (134) Arbitral rules ● or party agreement might also expressly cover this. For example section 6(2)(a) of the New Zealand Arbitration Act 1996 allows an offer to be taken into account where 'the award of the arbitral tribunal is no more favourable to the other party than was the offer'. The Construction Industry Model Arbitration Rules (CIMAR) rule 13.9 allows the arbitrator to have regard to offers of settlement and invites the application of the general principle that if a party recovers no more than the offer, then costs after that event should be awarded to the offeror. (135)

Absent express guidance, the general question was raised in an LCIA award involving an English claimant and a US respondent where a Calderbank offer was made. As to the admissibility of settlement offers in relation to the award of costs, the tribunal considered the principles as to general admissibility of evidence found in section 34(f) of the English Arbitration Act 1996 and Article 22.1 of the LCIA Rules. The tribunal considered that it was not bound by strict rules of evidence, that it could consider the substantive approach in the party's jurisdiction but ultimately concluded that the settlement offer made by claimant, which was expressed to be 'without prejudice, save as to costs', would not have been sufficiently understood as to its implications by a US party not used to Calderbank offers in domestic litigation. On this basis the tribunal did not consider that the evidence should be admitted. That factual conclusion seems sensible and certainly implies that parties should make clear the intended implication of settlement offers. Having said that, however, it is suggested that the tribunal should not have begun with an analysis of admissibility of evidence rules, but rather, a policy consideration as to whether a settlement offer should be relevant as to costs. Any adjudicatory body must first consider what principles are relevant and only then can it consider what style of evidence may be admissible in support of those principles. (136) There is also a problem in using such an approach in arbitration where cost decisions are generally included in the final award and not after separate representations as to costs. Bühler makes the sensible suggestion that a tribunal intending to take such offers into consideration should advise the parties at the outset. (137) Another approach is to have a distinct award on costs after the tribunal is notified of the rejected settlement offer.

If Calderbank principles are to apply, it should be noted that domestic courts do not generally try and make *net* assessments setting off future costs against amounts received in deciding whether offers should be accepted, but simply look arithmetically at whether the party who rejected the settlement offer ● ultimately achieved more than a trivial extra amount. (138) That is also the express approach in the New Zealand Act and CIMAR rules noted above. A converse approach would look at whether the subsequent proceedings were justified on a net cost/benefit basis. Even if they were still justified, some would even argue that subsequent costs should be reduced if they were disproportionate to the marginal recovery. (139)

15.9.8 Guerrilla Tactics and Other Examples of Bad Faith

Because arbitration is based on consent, which is rightly presumed to be in good faith, it is easy to assert that a party is in breach of its obligations if it engages unduly in delaying tactics (140) or tactics aiming to increase the costs of the proceedings to embarrass the

opponent or otherwise acts in bad faith. (141) For example, several investment arbitration cases have awarded costs against claimants that were held to have made fraudulent misrepresentations in relation to the relevant investments. (142) Another example may be where a party knowingly makes inconsistent allegations of fact in different fora. Tribunals might also refrain from awarding costs to a successful defending party if it succeeded on the basis of demonstrating that the entire agreement which it voluntarily entered was corrupt or otherwise against public policy. (143) In some cases a tribunal might even conclude that the winner has a clear entitlement based on unfair contract terms and might not wish to compensate them as to costs. While such propositions are easy to state, there can sometimes be a fine line between what might be described as bad faith tactics and conversely, what could be argued to be highly competent and strategic adversarial behaviour. An example of a contentious scenario might be a respondent that demands that the claimant better particularise its claim in the absence of which it would assert that it is unable to properly prepare its defences. It is hard to determine at the time whether that is merely a dilatory tactic or a proper means ● to use all available procedural mechanisms to best prepare the defence. A legitimate aim may also be to identify weaknesses in the claimant's strategy, in part to gain sympathy with the tribunal and/or promote a more favourable settlement if that is being pursued.

In domestic litigation, some courts will even award costs against a legal representative in their personal capacity where it is felt that their own behaviour has been the cause of problems. The whole issue of control over counsel by an arbitrator is a difficult one but it seems clear that there is no direct power to award costs against counsel. If the behaviour was extreme enough, the tribunal might seek to bar that counsel, although that is also contentious. The whole question of control over counsel is discussed in section 9.7. A tribunal might indirectly seek to impose costs on counsel by refraining from awarding otherwise applicable costs to their client, stating the reason for refusal to do so, being concerns as to the behaviour of counsel. That might indirectly lead to an indemnity for the party but could not guarantee it.

15.9.9 Hardship and Other Factors

While variations to costs following the event are usually aimed at diminishing compensation for inappropriate behaviour, other considerations may apply. A contentious question is whether a tribunal should depart from a loser-pays principle on the basis that this would cause undue hardship. (144) Such an approach might have political overtones in investment arbitration where the host State is the losing party. An ICSID tribunal resolved to only award tribunal costs but not legal fees against the Republic of Zimbabwe because of economic hardships it faced at the relevant time. (145) Hanotiau refers to an instance of an unsuccessful claimant from a developing country that was not asked to bear all of the costs of an unsuccessful claim brought in good faith in Paris. (146)

The special procedural regimes of an arbitration might also have relevance as to questions of fairness. For example, Chamber 2 of the Iran-US Claims Tribunal consistently refused to award costs, the key reason being that the security account underpinning the Tribunal guaranteed prompt and full payment of awards against ● Iran, when if disputes had been proceeded with in American courts, the litigants would have had to bear their own costs and there would be further problems of potential enforcement. (147)

15.10 Full Indemnity or Reasonable Limits

The previous sections looked at factors such as issue-by-issue approaches or procedural behaviour that might militate against full costs indemnity. These were factors external to the successful claims and the entitlement flowing from those alone. This section looks at whether indemnity itself is appropriate even for wholly successful claims or whether tribunals should generally impose reasonable limits on costs awards. This could be justified for two reasons, first, that losers should not have to pay more than reasonable costs, and second, that the imposition of such limits may discourage unreasonable cost expenditure in the first place.

This approach is mandated by certain arbitral rules. Article 37(1) of the ICC Rules 2012 limits recovery to reasonable legal expenses. Article 40.2 of the UNCI-TRAL Rules 2010 defines 'costs' in terms of 'reasonable' specific elements. A similar approach is taken in the English Arbitration Act 1996 and the LCIA Rules. Article 35(1) DIS Rules considers costs incurred 'which were *necessary* for the proper pursuit of claims or defences (emphasis added). Article 32(3) of the Vienna Rules speaks about the 'appropriate' expenses of the parties for their representation. This might include considerations of proportionality. (148) Section 609(1) of the Austrian Code of Civil Procedure also speaks about 'reasonable costs appropriate for bringing or defending against the action'. Some rules tried to set percentage limits rather than rely on broad concepts. Article 59 CIETAC Rules previously sought to impose a cap by indicating that compensation for expenses shall not in any case exceed 10% of the total amount awarded to the winning party. The current Rules provide the tribunal with a discretion to order compensation of expenses 'reasonably incurred' by the winning party. (149) Even where some form of reasonableness test is not expressly referred to in the arbitral rules, a tribunal's broad discretion could be argued

to allow it to impose reasonable limits. Craig, Park and Paulsson suggest that it is wholly within the arbitrator's discretion to determine what is reasonable, although they were writing about ICC arbitration where reasonableness is expressly referred to in the rules. (150) A contrary view is that the consent basis of arbitration implies each party being free to organise legal representation as it sees fit as long as this is done in good faith. (151)



Because of the uncertainties where the rules are silent, the tribunal could invite submissions from parties on this and determine its position at an early procedural directions meeting. (152)

It is more difficult to assess what makes expenses reasonable, necessary or adequate and how a determination is to be made. These phrases need to be interpreted in a common sense way, taking into account what each party would reasonably expect of its counsel in order to win the case. Adequate procedures would be those that ought to be taken on a cost-benefit basis in order to achieve the outcome sought. At the outset there is also the question as to whether a reasonableness test should be based on objective or subjective standards or a combination of the two. Most would consider an objective approach to be appropriate, looking to see what costs a reasonable person would have been expected to incur to properly pursue the claims or defences as the case may be. From an implied consent perspective, that might go one step further and consider what the other party might reasonably have anticipated and hence what it impliedly accepts as its risks in an adverse costs award. (153) The tribunal may be aware from an early stage which matters it considers to have been most contentious and hence worthy of more effort, but may not have given any such indication to the parties. Where simultaneous submissions are involved, each party does not know how much work and effort the other party is putting in, hence an advocate would be very brave if it was too concerned with economy of effort. Because of these factors, a tribunal should concern itself with the reasonable behaviour of a party at the time the expense was incurred that is presumed to rightly wish to take appropriate steps to win the case when it does not know the responses that the other party will take. When considering expenditure at the time it was incurred, a tribunal ought to consider the complexity of the issue, the importance of the issue to the likely outcome and the risks involved as to success or failure on that aspect in terms of the ultimate proceedings.

One difficulty in assessing the reasonableness or otherwise of fees is that in many cases, what a party spends is in part affected by its opponent's behaviour. A related difficulty with arbitration is that even where a claim is not defended, the tribunal must still call on the claimant to meet its burden of proof. There is no equivalent of automatic judgment in default of appearance in international arbitration. (154) Another factor which might militate against tribunals considering the reasonableness of costs is their own impact on this through procedural rulings, including determinations as to the length of the hearing and entitlement to document production. Another related problem with determining reasonableness is in relation to the tribunal's own costs and fees. There is obviously a conflict of interest where a ● tribunal and/or an institution have already set the amount or range of fees involved. Another problem is that costs which may reasonably be incurred to improve the efficiency of the arbitral tribunal's own deliberations, may actually add to the costs of the parties. An example would be a direction that post-hearing briefs are properly integrated with earlier submissions, witness statements and transcripts, rather than allowing counsel to utilise excessive repetition, leaving it for the tribunal to put things in an elegant order. Conflicts may also arise where the tribunal makes procedural determinations for its own convenience, for example calling for hearings to be held in the home State of the tribunal members.

A commonly cited exposition of the notion of reasonableness is that of Judge Holtzmann. He considered that the following principles should guide costs determinations:

1. Were costs claimed in the arbitration?
2. Was it necessary to employ lawyers in the case?
3. Is the amount of costs reasonable?
4. Are the circumstances of the particular case such as to make it reasonable to apportion such costs?

The first two will invariably be affirmatively answered in most arbitrations. As to 'reasonableness', he made the following observations:

A test of reasonableness is not... an invitation to mere subjectivity. Objective tests of reasonableness of lawyers' fees are well known. Such tests typically assign weight primarily to the time spent and complexity of the case. In modern practice, the amount of time required to be spent is often a gauge of the extent of the complexities involved. Where the tribunal is presented with copies of bills for services, or other appropriate evidence, indicating time spent, the hourly billing rate, and the general description of the professional services rendered, its task need be neither onerous nor mysterious. The range of typical hourly billing rates is generally well known... Just how much time any lawyer reasonably needs to accomplish a task can be measured by the number of issues involved in the case and the amount of evidence requiring analysis and presentation. While legal fees are not to be calculated on the basis of pounds of paper involved, the

tribunal by the end of a case is able to have a fair idea, on the basis of submissions made by both sides, of the approximate extent of the effort that was reasonably required. Nor should the Tribunal neglect to consider the reality that legal bills are usually first submitted to businessmen. The pragmatic fact that a businessman has agreed to pay a bill, not knowing whether or not the Tribunal would reimburse the expenses, is a strong indication that the amount billed was considered reasonable by a reasonable man spending his own money, or the money of the corporation he serves. That is a classic test of reasonableness. (155)

●

As to the latter observation, there are a number of presumptions behind it, not all of which are necessarily realistic in the modern world. To suggest that it is presumed reasonable because it was accepted, presumes that there was an actual opportunity of the client to negotiate a lesser fee. If instead, that is effectively the norm of all top law firms, a client wishing to use their services has little practical choice. Second, there is no presumption that the selection of a top law firm that typically devotes maximum resources to major cases is necessarily reasonable from a cost effectiveness point of view in every case where it is hired. Third, even the most sophisticated business person is in the hands of their legal advisers. If the adviser says that significant effort is required, it would be a brave business person that would second guess their counsel. In addition, one party might engage in excessive expenditure to try and pressurise the opposing party's cash-flow in trying to keep up with their legal manoeuvres. Finally, there is no automatic identity between the commercial reasons why a party might wish to pay its own lawyers and the policy reasons why a losing party should compensate them for doing so. As Bühler and Jarvin have noted 'since each party is free to manage its litigation resources as it sees fit, the issue is whether it is reasonable to place a financial burden of that party's decision onto the other side'. (156)

Thus, while a tenable observation, it would be undesirable if it was a strong albeit rebuttable presumption on the part of adjudicators. Were it to be a presumption, it would also effectively shift the onus of proof on the losing party to show why costs were unreasonable. Judge Holtzmann's separate opinion needs to be looked at in context and was in fact his commentary on the majority's view that the reasonableness of legal fees should be considered in a cautious manner. (157) In his separate opinion he noted that 'the almost casual, and certainly inconsistent, way in which costs have been awarded, and not awarded, in so many of the Tribunal's past cases tends to obscure the fact that basic rights are involved'. (158) He was justifiably arguing in favour of legal cost reimbursement in an environment where many adjudicators had an adverse view. He was not suggesting a rule of thumb for all commercial arbitral proceedings.

There are other questions and cautions as to the methodology and criteria by which to determine what are reasonable levels. Tribunals should be careful not to simply compare the costs of each side as they each may have very different things to prove or disprove. However, capping costs equal to the losing parties costs can be a disincentive to excessive costs by the winner and can minimise the chances ● that the loser could argue that fees are excessive. The economic logic might still be outweighed by restitutionary principles. Tribunals also need to be mindful that assessments of reasonable costs can themselves become costly without some kind of presumptive regimen as is found in cost scales in some domestic courts. In most cases it would be undesirable to have a practice of tribunals scrutinising the files and considering the amount of time it took to interview witnesses, draft documents and engage in research, to try and reduce cost awards. However, in appropriate circumstances, to fail to even consider such an approach might be unfair to the losing party and would constitute an inadequate disincentive to excessive costs in the future.

A factor promoting consistency in many domestic litigation systems is that presumptions and principles are often employed by a particular court officer such as a Taxing Master or Registrar, rather than being left to individual judges where inconsistent approaches may typically apply. As noted in section 15.6, some arbitral rules allow for reference to a court for taxation of arbitral costs. The advantage would be consistency, but a problem could be lack of experience with arbitration per se or with the intricacies of the particular case. The option noted is the use of an arbitration institute registrar or person of similar experience.

One way to better consider the reasonableness or otherwise of costs is to break the analysis down into various stages, although this presumes a procedural paradigm in assessing costs rather than an indemnity one. The Chartered Institute of Arbitrators in its recent survey of fees and costs asked parties to break down the percentage between pre-commencement, commencement, completion of exchange of written pleadings/memorials, document production, fact witnesses, expert witnesses, hearing preparation, hearing, and post-hearing.

15.11 Factual Assessment and Verification

Arbitral rules rarely indicate the procedure by which cost determinations should be made. As always, a tribunal should be bound by the agreement of the parties. The tribunal should also be concerned with mandatory procedural laws, primarily giving the

parties an adequate opportunity to present their case as to costs. Equal treatment also needs to be considered, although the concept applies somewhat differently to other submissions depending on whether the cost procedure is commenced before or after a decision on the merits is known.

A claim for costs, like any other claim, requires proper attention to burden of proof and adequacy of evidence. The burden ought to be on the person seeking the costs. While the burden remains, the onus may shift depending on the material presented or even depending on the presumptions in the rules. For example, a presumption in the rules that costs follow the event, in a practical sense at least, calls for the losing party to explain why the circumstances ought to be different in the instant case. There is also a difference between proving that the costs were incurred and proof as to whether they are reasonable or not. In a practical sense, the onus may be on the loser to explain why the fees are unreasonable.



Questions of proof raise issues as to procedure, timing and the type of material to be provided. As to the evidentiary material, this will comprise legal bills, bills for other professional services and witnesses, copies of travel bills and perhaps tickets, accommodation and sustenance, phone, fax, email, secretarial, translation and interpretation bills. Otherwise meritorious claims may properly be denied on the basis of a lack of sufficient evidence. The Chartered Institute of Arbitrators' *Guidelines for Arbitrators on Making Orders relating to the Costs of the Arbitration* makes a number of recommendations. (159) As to procedure, it suggests that there first be a list of claimed costs together with their justification, an entitlement for the paying party to raise objections, an entitlement of the receiving party to reply and then an assessment stage by the tribunal, culminating in the issue of an award. The *Guidelines* suggest that where there are large sums in issue, a short oral hearing may be held to receive representations. Another question is even whether document production rights are applicable to identify the work actually done. From a due process point of view, if each party must be given an opportunity to be heard on all aspects of the case, that should also relate to cost claims being made against it. Yang points out that the *Guidelines* do not give any indication about disclosure or witness statements in relation to such oral hearings. He also raises the problem of privilege in relation to such evidence. (160)

Timing is also vital, in particular, the views of the tribunal being made known at the earliest possible stage. It would be most desirable for the tribunal to give an indication as to the type of documentation and time recording it requires for its ultimate costs decision so the parties are forewarned and can take appropriate action. If the tribunal makes known its requirements at the outset this will also avoid it perhaps being placed in a difficult situation where inadequate documentation is provided, but an extension is sought in order to complete the record.

The question of the degree to which a party needs to substantiate its costs claims can depend on policy considerations and also considerations as to the legal entitlement. From the latter perspective, it has been argued that because of a tribunal's broad discretion 'the parties do not have to give full evidence on the parties' costs and therefore have only a limited duty to substantiate'. (161) Such a view mixes the notion of the relevant criteria and the evidence by which such criteria are to be determined. This is not to suggest whether this conclusion is preferable or not from a policy perspective, but rather, to simply say it does not flow inexorably from the mere presence of discretion. The field of administrative law is based on bureaucratic discretion, but there are still burdens of proof and evidentiary burdens applying in a whole host of such areas. Craig Park and ● Paulsson suggest that cost details should be subject to proof akin to any other proof of damage. (162) Many arbitrators would appear to simply accept a general fee note from counsel. Others have rejected claims for lack of supporting evidence. (163) One reason to not impose a strict evidentiary burden is if it is considered to merely be a question of estimation by the tribunal and not a determination of an issue of fact. (164)

One element of the assessment of costs should be causation: were the costs truly caused by the adjudicatory process? In some instances, costs might have been incurred in any event, for example accounting calculations required for taxation purposes. In other circumstances the actions might have been undertaken but not to the degree chosen for the adjudicatory process. Here some fair and reasonable apportionment might need to be made. Another question is whether costs should be assessed on a global basis or whether there should be an attempt to evaluate the entitlement and individualise it. A global assessment will be quicker and cheaper but may not be as accurate. It may also hide a lack of reasoning which could lead to dissatisfaction by the parties and even a challenge as to that aspect of the award. One argument in favour of a global assessment is that where there are a range of matters worthy of consideration, there is no clear objective formula that can lead to a particular figure. This is so where a tribunal wishes to consider relative success, procedural behaviour, approach to settlement, excessive claims and the reasonableness of the fees of counsel and other key expenses. Even then, a tribunal ought to articulate which factors led to the global assessment. An alternative method would be to make an assessment as to the appropriate number of hours, an assessment as to the appropriate fee for different activities and compute a total.

Given that there are a range of approaches, a tribunal ought to advise the parties of its predisposition when seeking costs submissions from them. From the parties' perspective, it is important to ensure that there is sufficient documentary evidence to support ultimate costs claims that may be brought. It is particularly difficult trying to calculate costs and identify an evidentiary trail after the event. Appropriate detailed bills should be constructed by counsel on an ongoing basis. This is particularly so if in-house counsel's costs are to be claimed, where both time devoted and a methodology of computing sums allocated are necessary. Raising the suggested evidentiary process at an early stage may also give a tribunal an opportunity to give guidance where more is thought to be needed, although tribunals may be reluctant to prejudge a future factual determination in this way.

One complex scenario is where a tribunal is asked to assess costs of litigation, typically as damages for breach of an arbitration agreement. The applicable rule on damages assessments should typically apply, and not the relevant court scale, although that scale may be a guide to reasonable levels and hence what has truly been caused as damage.



15.11.1 Calling for Evidence of Costs before the Result

The tribunal can assist its ultimate determination by calling for an appropriate breakdown of fees and costs. Many leading arbitrators will call for information as to the legal costs of each party prior to the rendering of the award. (165) At that point in time, at least in cases that are finely balanced and where no one can yet predict the outcome, each is likely to make the fullest claim. If there is no significant difference between the level of fees, a tribunal would find it easier to reject subsequent submissions that the winner's costs are excessive. If costs are significant, each party might be invited to make submissions in relation to the other side's cost assessment. Submissions in favour of or challenging costs assessments would need to provide explanations and justifications as well as the broad data. (166)

15.11.2 Costs after an Award Might Be *Functus Officio*

If the tribunal does not make a determination as to costs in its final award, it may have become *functus officio* and be unable to render such a decision at a later stage. Some *lex arbitri* expressly allow for the parties to subsequently call for a costs determination. (167) In other cases, entitlement to an additional award could be utilised. (168)

15.12 Cost Elements

Previous sections have looked at costs in general, although note was taken of differing views as to general entitlement to legal costs as opposed to tribunal costs. This section looks at particular types of costs in more detail. Bihler categorises arbitral costs into two groups, *procedural costs*, including fees and expenses of arbitrators and any institution or tribunal appointed experts; and *parties' costs*, being those incurred by the parties in the preparation of the case. (169) The kinds of costs that may be recoverable can in part depend on the way costs are referred to in applicable rules. For example, some rules such as Article 37(1) ● ICC Rules 2012 are drafted broadly to encompass 'the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration'. Others are more restrictive in language. Under some rules, designated costs are exhaustively defined. (170) An example is Article 40.2 UNCITRAL Rules 2010 which refers to costs 'only' including enumerated items. The following sections look at particular categories and their suggested treatment in more detail, with the caveat that express provisions in statutes, rules and party agreement would be determinative.

15.12.1 Cost before Commencement of the Arbitration

In any adjudicatory system, there is a danger in making significant expenditure prior to commencing an action where concern is for cost recovery of these amounts. An adjudicator may refuse to award such costs on the basis that they are premature or that they are better characterised as relating to legal demands of settlement rather than the adjudicatory process itself. (171) They could also suggest that they were excessive in trying to promote settlement without legal action. Limitations may also apply through a textual analysis of the rules. For example, if a tribunal is considering 'the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration' (emphasis added) under Article 37(1) of the ICC Rules 2012, expenses other than those necessary for the preparation of the case and those directly linked to the filing of the request may not be seen as costs of the arbitration. (172)

There may be an added problem in arbitration. Because a tribunal's cost powers might be limited to matters flowing from the particular submission, uncertainty may exist in relation to entitlement for costs incurred before the commencement of the arbitration. (173) That is certainly a conservative view as to the powers of an arbitrator and does not fit well, for example, with an arbitrator's jurisdiction over pre-contractual negotiations under a broadly drafted arbitration agreement. Nevertheless, because the situation is arguable, care should be taken in such circumstances. The unfortunate corollary is that parties may be induced to commence proceedings at an earlier stage, which might

undermine the potential for mutually agreeable settlement.

15.12.2 Counsel 's Fees

Section 15.5.3 above, which considered whether tribunals should impose reasonable limits on costs claims, was as much as anything concerned with counsel's fees. In part this is because studies have shown that counsel costs are easily the most significant element of the total cost of arbitration. For example, the ICC reported that legal costs were approximately 82% of the total arbitration costs. (174) Thus, such fees will normally be the key part of a costs application, although it has been noted that in some jurisdictions, a tribunal is not entitled to award attorneys' fees. (175) It is also the category where legal families generally differ the most, some tribunals are more reluctant to award counsel's fees than arbitration fees and expenses. While the norm has tended to be to award winning parties their legal fees, this is not so for investment arbitration. (176)

If legal fees are to be awarded but with reasonable limits imposed, relevant factors would appear to be complexity and novelty of the issues involved, time required, level of skill demanded, the amount in dispute, the expertise and reputation of the attorney, charge out rates, and fee awards in similar circumstances.

The comments about the challenges in articulating and applying reasonableness tests in section 15.5 above are not repeated here but remain relevant. Some additional observations are appropriate. If tribunals are to try and assess reasonable counsel costs, it should be an assessment that is realistic and not paternalistic. Even if a tribunal is disposed or required to impose some reasonable limits, there is no justification for imposing domestic litigation scales on the parties. For example, they ought not to follow the very rough rules of thumb in non-US common law jurisdictions that distinguish between party/party costs and solicitor/client costs, regularly only awarding the former and often as little as 40% of the fee actually charged. (177) The suggested policy's aim in domestic litigation was to encourage settlement, but if so, it is a very rough measure and would operate unevenly on parties depending on their financial wealth. Domestic practice also shows no consistency between jurisdictions. (178)

It would also be overly simplistic to concentrate solely on the hourly rate that counsel charges to determine if the fees are reasonable. For example, the more expert the counsel, the less work they might need to do at that higher rate to achieve the same result. However, they may address more issues and hence lead to higher costs again. A tribunal might take note of domestic practice to determine whether counsels' behaviour in the instant case seems atypical and potentially unreasonable without further explanation. One problem is that a tribunal might face arguments as to confidentiality where it seeks to identify a law firm's normal charging practices to compare with the bill in the instant case. A further problem in attempting to identify reasonable counsel fees is that there is no consensus worldwide as to how legal counsel should charge. The key difference is between time costing and value costing. The former looks at the actual time spent, regardless of the anticipated or eventual relevance of the work done. Value costing can look at the importance of the matter to the parties or the importance of particular issues and arguments that are prepared. Because there are tenable arguments in favour of each approach, there is hence no consensus about the method of determining what reasonable attorney fees should be.

Some may charge a flat fee. A flat fee based on an estimation of the time spent could be looked at in two ways. It could be awarded in full on the basis that it was a reasonable estimate and a proper commitment. The alternative approach is to look at the time actually taken to see whether it was an underestimate or an overestimate. That would be inelegant as there would be no power to uplift the award, only reduce it. The situation is even more problematic with value-based costing. That can be a very reasonable commercial decision on the part of the client, particularly if it is outcome based. Once again, however, there is no presumption that this is a fair and reasonable amount to award against a losing party. Where the value fee is similar to time-based estimates, then there is little practical difference. In other circumstances, a higher value fee could not be presumed to be reasonable and necessary for the pursuance of the legal right.

Another difficulty with international adjudication is that there will typically be very significant differences in levels of costing and approach to legal matters in different jurisdictions. A multinational law firm headquartered in a developed country may use large teams of senior and junior lawyers to scour every possibly relevant document and argument and interview and prepare a host of potential witnesses. Hourly rates even for paralegals are often extremely high by community standards. Conversely, lawyers in some developing countries at times have to hold a number of jobs as they cannot earn a sufficient amount from legal practice alone. Developing States that are parties in investment arbitrations may rely heavily on departmental officers in preparing cases, although this has had mixed success. While such differences are disconcerting, they should not *ipso facto* be a basis for grossly interfering with the commercial reality as to the costs incurred. The underlying commercial transaction giving rise to the dispute was motivated in large part by differences in comparative advantage and costing. Consensual

arbitration ought not to ignore those commercial realities. This is not to say that a tribunal ought to accept excessive legal costs, but it cannot a priori presume that one party's costs are too high and/or the other's are too low simply because of marked national differentials. Nevertheless, tribunals have at times cut down recoverable fees where the disparity in rates between counsel for each side were alarmingly high. (179)

There may also be issues as to the number of counsel that would be considered reasonable. It is not uncommon in international arbitrations for a party to employ more than one legal firm, perhaps its domestic legal firm working in conjunction with an international arbitration practice. There might also be an agency arrangement in a foreign country where that country's substantive law applies or where there are important evidentiary materials within that jurisdiction. In these circumstances a tribunal might reduce the costs awarded where it feels that there was unnecessary duplication of effort. (180) In addition, if parties change counsel in the middle of a case, the award might be reduced in relation to overlap between the work of the two firms, particularly if the reason is because of dissatisfaction with the first law firm.

Other multi-counsel issues in determinations of reasonableness might include whether single or co-counsel should be involved. In the common law this may also involve determining whether a Queen's Counsel or a more junior barrister should be briefed. Once again, tribunals should not readily wish to be paternalistic in such cases. A more contentious category would be an expense incurred to obtain an expert opinion from an independent lawyer that is not intended as a witness.

15.12.3 Contingency Fees

Where a law firm is charging on a contingency basis, an added complication in international arbitration is whether the winning party should be compensated by the loser for the contingency fees it has paid to its legal firm. Under a contingency fee arrangement, the winner pays the law firm more than a typical fee to account for the fact that reduced fees or even no fees are paid for running a losing case. A related situation is if a law firm has a variable fee arrangement with its client depending on a successful outcome, more typically described as a success fee. For example, a firm might charge lower than its normal rate, but have a surcharge above the normal rate in the event of success. The complication is that generally speaking, contingency or success fees are thus higher than normal to account for the fact that cases are lost as well as won. (181) Should the loser in international arbitration, even subject to a loser-pays principle, fully compensate the winner for that kind of a systemic trade-off not agreed to by the loser?

A preliminary issue concerning contingency fees is whether there is even power to award costs at all, given that such arrangements commonly arise in systems that require each party to bear their own costs. As noted previously, if the arbitration has a seat in the US, at least some courts might consider that there is no such power unless expressly granted. Other legal systems that generally do not award costs to the winner include Indonesia, Japan, the People's Republic of China and the Philippines. (182) Another complication is that in some jurisdictions, contingency fees are against public policy or are in breach of express ethical rules. There would be a range of permutations depending on whether this is the rule of the seat or the attorney's home country or of an enforcement jurisdiction. The better view would be that a tribunal still has a discretion in each scenario unless the rule in the seat should be read as intending to apply to international arbitration. Wehrli argues that domestic ethical rules about attorney practice should apply to international arbitration. (183)

Some arbitral rules might impact upon the question indirectly. For example, it might be even more difficult to justify a contingency fee under a *lex arbitri* or arbitral rules that only allow for the awarding of 'necessary' costs. (184) Other guiding principles look at the level of charges, although generally from the perspective of the lawyer and client and not the losing party under a costs award. For example, Article 18 of the IBA Code of Ethics, 1988 edition states:

The contract for a contingent fee, where sanctioned by the law or by professional rules and practice, should be reasonable under all circumstances of the case, including the risk and uncertainty of the compensation and subject to supervision of a court as to its reasonableness. (185)

Where there are no constraints, a range of options are possible. Assume for example that an English company is in arbitration with an American company with the seat in England. The presumption is that costs follow the event. The English company pays an hourly rate to its lawyers while the US company is on a contingency fee basis promising a percentage of its winnings but with no costs obligation were it to lose. If the US party loses, it indemnifies the English party for the hourly rate paid to its law firm, subject to the fees being seen as reasonable in the circumstances. There are then three ways to deal with the contingency fees in the converse situation where the US company wins. At one extreme, it could be provided with full indemnity on the basis that contingency is just as reasonable a methodology of payment as is an hourly rate. The mid-position is to suggest that the contingency fee needs to be apportioned between that part that is truly reasonable costs of preparing the case and the component that is akin to a premium for the promise of non-payment if a result is not obtained. Here the aim would be to equate

to the reasonable fees as paid by the English party. This might be calculated by way of a reasonable hourly rate for the work done or a broader assessment of the contingency margin over normal fees. The most extreme situation is to say that a party entering into a contingency fee arrangement with a law firm does so on the assumption that no fees will be paid if it loses and no costs recovery will be obtained from the other side were it to win. Thus, the party went into the arrangement knowing that there will be something less than full indemnity where there is a successful outcome. While the latter is certainly the background to contingency contracts in American domestic litigation, this presumption should not apply in arbitration, particularly when the seat expresses a presumption that costs follow the event.

Where there are no overriding constraints, the key question is thus whether a tribunal should award full indemnity in favour of a winning party as to the contingency fee element. One justification for doing so is based on a restitution perspective. The winning party incurred that expense as a result of the losing party's breach and should be put in the position it would have been in if the commercial arrangement had been properly undertaken. The converse argument is that the breach did not cause that loss. Instead it was the independent decision to engage in that kind of legal representation contract. Another possible justification for contingency fees is that they operate akin to an *ad valorem* basis, not dissimilar from institutional charges and arbitrators' fees under many institutional rules. If kept to reasonable percentages, they can be consistent with desirable transaction cost ratios.

Conversely, a number of commentators argue against the view that a loser-pays principle leads to an obligation to compensate for a full contingency fee. Bühler has rightly pointed out that if a claimant subject to a contingency fee arrangement sues a respondent who pays on a time basis and loser pays is applied formalistically, the entire cost risk of claimant's counsel is shifted to one party alone. (186) O'Reilly supports the view that recovery should be limited to an amount that would have been payable on a time charge basis. (187) Wehrli argues that under an objective test of reasonableness, costs incurred by reason of personal circumstances would not generally be seen as the basis of reasonable reimbursement. ● Under this principle, contingency fees exceeding otherwise reasonable fees should not be reimbursable. (188)

Another way to consider the issue is to think of the commercial aim of the contingency payment when made. Arbitrators might be legitimately reluctant to award the higher amount as it is not truly indemnifying the winner for its legitimate expenses in running a winning case but is instead compensating it for a promise similar to an insurance policy it took out privately with its counsel in case it was not as successful as it turned out to be. Paying a premium when a party wins to avoid any legal costs were they to lose, is not dissimilar to a premium for an independent insurance policy against losing. If a party took out such an insurance policy with a separate company, the premium should not be recoverable as costs were it to win. Such a premium is neither damages flowing from the breach or reasonable costs involved in pursuing a successful outcome through an adjudicatory process. (189) Hanotiau describes the fees as a reward for success which similarly should not be compensated for. (190) Another problem with providing a full indemnity to the winner under a contingency arrangement in arbitration, is while it may have felt that it obtained commercial value in offering a significant percentage of winnings to avoid legal costs in the event of a loss, the opposing party was never invited to consent to this arrangement. The more that all the parties conducted themselves in this way, the more a tribunal might take a contrary view, based on their presumed legitimate expectations.

A practical question is whether there is even a duty to disclose the fact of a contingency style arrangement or whether the winning party can simply proffer a bill setting out the amount of the charges. Duties of honesty and the duty to act in good faith suggest that disclosure should occur so that a tribunal can properly address the issue. (191) Newmark also notes the important observation that success fee arrangements can compromise the legal adviser when being asked about settlement and can even give rights to the lawyer in terms of the client using its best endeavours to pursue the adjudicatory process, lest the lawyer unfairly lose the potential fee entitlement, (192) although this observation is more about whether they can be charged and less about a tribunals response when this occurs.

●

15.12.4 Litigation Funding by Third Parties and Reimbursed Costs

It is becoming more common for parties to enter into arrangements with litigation funding businesses to cover the costs of proceedings in return for a fee, either based on interest on costs advanced or a percentage of winnings or a hybrid of the two. Similar cost award considerations apply as with contingency fees in apportioning between reasonable fees and added costs for ancillary services.

There is one added concern which is the potential in common law countries at least for the overall arrangement to be considered illegal or unenforceable under the principles of champerty and maintenance. The common law historically took issue with many such arrangements, particularly where unmeritorious claims were handed over to wealthy and

powerful individuals in the hope that involvement of such persons would influence the court towards a favourable outcome. (193) Common law courts in more recent times have tempered their views about these doctrines, particularly in relation to litigation funding arrangements. They have rightly shifted their policy concerns from wealthy persons taking over unmeritorious claims, to a concern to allow financial institutions to help those with worthy claims but inadequate resources to be able to exercise their legal rights. In arbitration, there is a further issue as to whether such principles developed in the court system are necessarily relevant to private consensual arbitration. Here there have been quite different views. (194) One view would be that concepts of champerty and maintenance should only be of concern in arbitration in the most extreme circumstances, but that in the normal case, litigation funding should be accepted as little different to factoring of debts. Importantly, litigation funders are likely to be a barrier to unmeritorious claims as they will consider all funding decisions on a careful cost/ benefit basis, thus indirectly helping parties evaluate claims. (195) The issue remains controversial, however. (196)

Once again as with contingency fees, in considering both the legality or otherwise or the appropriateness of litigation funding, care needs to be taken not to resort too quickly to the consensual basis of arbitration as a reason for ● distinguishing arbitration treatment of the issue. Most aspects of arbitration are in fact agreed to between the parties but the way a particular party chooses to engage counsel and fund its adjudicatory activities will almost never come with express consent of its opponent. At most, one could argue from an implied perspective. Here there might be two competing a priori observations. On the one hand, an opponent that has agreed to arbitrate disputes should not feel aggrieved if the other party has cash-flow problems and needs to go to a litigation funder to pursue the very agreed dispute resolution mode. Conversely, unless it was part of the legitimate expectations at the time of entering into the arbitration agreement, that opponent cannot be presumed to have agreed to pay a cost premium on losing, simply because its opponent chose to pay a premium for funding support or for a contingency arrangement. The better view is that the profit that the litigation funder takes, either as interest on a loan or as a percentage of the result, should not be compensable as part of a costs order. Where costs awards are concerned, a decision to use a litigation funder will generally be a personal decision about cash-flow and about use of available resources. The entire fee could not be described as reasonably necessary to pursue the adjudicatory process. Thus, there ought to be an apportionment on a similar basis to that of contingency fees, or simply a denial of the element over and above the cost of legal counsel to account for the cost of adjudicatory financing. It could alternatively be claimed by way of damages if it can be shown under the relevant test of damage that resort to financing support was necessary and hence directly caused by the losing party's breach. There may also be questions of foreseeability in such circumstances. Costs as damages is itself contentious.

Where costs are first reimbursed by way of an insurance or indemnity right, one tribunal considered that counsel's costs as retained by the party were recoverable but the successful party would then need to reimburse the insurer. (197) It seems debatable whether the tribunal should have effectively looked for costs recovery by the insurer instead of considering the out-of-pocket expenses of the successful party, including the costs of the insurance policy. The situation may vary depending on whether the insurer has a subrogation right vis-à-vis the insured.

15.12.5 In-House Counsel

There is no clear view as to the costs entitlement in relation to in-house counsel, save to say that a tribunal is much more likely to allow costs of external advisers. (198) A contrary view was taken in a number of ICC cases which accepted the possibility ● in principle, (199) although other cases have rejected such claims. (200) There has also been scholarly support for such entitlement. (201) Depending on the country concerned, there may also be ethical and other statutory principles that either limit or empower the entitlement to in-house lawyer costs. (202)

Even where there is entitlement to the cost of in-house counsel, there will be difficult questions of apportionment and substantiation. (203) Where a party intends to claim the costs of in-house counsel, careful time records should be kept. (204) An added difficulty is to determine the rate of such cost entitlement. Calculations may need to be based on salary plus on-costs, perhaps including overheads. Any hypothetical figure based on what they might have charged if external, would not be true costs incurred and ought not to be the basis of any calculation. In addition, it would be hard to identify a benchmark normal fee to use in any such hypothetical assessment. A tribunal might well impose higher substantiation requirements where in-house counsel are concerned. (205) Another approach is not to consider in-house counsel on an all-or-nothing basis but to at least consider some allocation where the particular adjudicatory proceeding calls for more than the average amount of time as contemplated for in-house counsel. (206) There will also be issues if external counsel are also used. There is no reason in principle why a party cannot allocate work between in-house and external counsel and have recovery for both where there is no unreasonable overlap. (207) In other cases there may be a need to distinguish preparation costs from mere reporting costs. As to the latter, it has also been observed that an over-zealous in-house counsel can indirectly increase legal fees simply because of the need for external counsel to deal with the internal counsel's queries. (208)



Because of the uncertainty as to the entitlement of in-house counsel, a tribunal might well indicate its views at an early stage or at least flag this as a matter for submissions. At the very least this can warn the parties as to the type of evidentiary records that the tribunal would wish to see.

15.12.6 Self -Representation

Domestic litigation systems will rarely allow self-represented litigants to obtain costs. At most they will allow for necessary out-of-pocket expenses. (209) The situation may be different where the party is legally trained but even here there is a difference between legal systems. (210) One possible justification for such expenses is that arbitration does not generally demand representation by legally qualified persons. The issues are a sub-element of the entitlement of a party to its own costs and lost time, discussed in section 15.12.12 below.

15.12.7 Costs of Document Production

While document production is normally seen as part of counsel fees, there are two reasons to consider it separately. First, it is an area of particular difference in view among legal families, some arguing for the fullest production obligation in aid of promotion of truth, while others take a libertarian approach, arguing that a party should not be compelled to assist the very person that has dragged it into an adjudicatory process. The second reason is that the work of one counsel is impacted upon by the production request made by the other. A related complication is that the tribunal will typically have ruled on the production request. It is difficult for the tribunal to make a particular order for production and then later say it was excessive and should require a negative cost order, although this may be so when subsequent evidence makes this clear. The final complication is that the effort required to identify and collect the relevant documents is often undertaken by the parties and their internal employees, raising the broader question whether any such time and effort of such persons should be compensable by way of costs orders. This is again discussed in section 15.12.12.

The costs of document production can include costs of searching, photocopying, collating and distribution. There may also be inspection costs where the other party is entitled to view a range of documents to determine which are to be copied.



15.12.8 Witnesses, Experts and Advisers

Witness costs can include travel, accommodation, ancillary expenses and fees. Other expenses of witnesses would include subsistence costs. (211) The original committee drafting the UNCITRAL Arbitration Rules saw different views presented as to whether witness costs should be allowed, some being concerned with the overall cost of arbitration. (212) Distinctions need to be made between ordinary witnesses and expert witnesses and, in the latter case, between tribunal-appointed experts and party-appointed experts as discussed in Chapter 12.

15.12.9 Claims Consultants

Parties will sometimes use claims consultants to help prepare and advise on claims. An example would be quantity surveyors used in construction disputes. In principle such costs should be able to be awarded where reasonable and necessary for the pursuance of the claim. (213) There will still be issues of causation as at times, it might involve an argument that the survey should have been undertaken anyway as part of the construction process. As to what is reasonable, an argument may arise if a claims consultant charges more than would normally be the case for legal counsel. In some circumstances, claims consultants may also charge a percentage of the award. Here the same issues would arise as with contingency fees for legal counsel discussed in section 15.12.3.

15.12.10 Advisers

In some cases, parties may seek the advice of a range of professionals, many of whom are not ultimately selected to be witnesses. These should be looked at on the merits in terms of cost recovery. If parties are able to show that they are necessary for the presentation of their arguments or are at least reasonable in proportion to the amount in dispute and the complexity of the case, and there is no significant duplication, cost recovery may be appropriate. For example, accountants might be used to assist in calculating measures of damages.

A complex area may be where a party seeks the advice of an independent expert on quantum to decide whether the arbitration is worth proceeding with on a cost-benefit basis. This might be an engineer in a construction dispute or a forensic accountant on a commercial valuation issue. Care may be needed to distinguish between situations where a person is an expert witness and conversely where they ● are providing expert advice and assistance about the strategy and conduct of the adjudicatory process. In some cases

this might be seen as doubling up with the role of counsel and may lead overall to unreasonably high total fees. This would not normally be so for damages assessments where the expert typically is delegated the task of computation. An example of a problematic scenario would be dress rehearsal arbitrations and expert opinions from a range of leading arbitrators and retired judges as to the likely outcome of the actual tribunal process.

Expert reports might also at times be considered from the perspective of damages, for example, where they indicate how a claimant should mitigate or repair the fault occasioned by the opposing party. (214)

15.12.11 Expert Witnesses

Costs will include professional fees, travel, accommodation and ancillary expenses. There needs to be a distinction between tribunal-appointed and party-appointed experts. This is because a tribunal-appointed expert is part of the tribunal's own fees and expenses and is not based on a particular choice of the parties. The distinction may also be important where the parties have an express agreement as to the way tribunal expenses will be allocated or where the tribunal wishes to make a distinction between party costs and tribunal costs.

While Article 37(1) of the ICC Rules 2012 only refers to tribunal-appointed experts, the accepted view under the same provision of the 1998 Rules was that it is not intended to exclude the costs of party-appointed experts. (215) Article 6.8 of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, treats fees of a tribunal-appointed expert as costs of the arbitration and leaves it to tribunal discretion as to allocation.

15.12.12 Time and Opportunity Costs of Parties

Domestic courts do not generally compensate parties for disruption to their business from the time allocated to the litigation itself. The same is true of arbitration. Background preparatory work by employees digging out corporate documents or conferring with lawyers and experts would not normally be recoverable. The observations in relation to in-house counsel or self-representation also apply to any other in-house expertise utilised to advance the case. Arbitral rules that articulate sub-elements of recoverable costs invariably do not make ● any reference to the time involvement of the parties and their employees and corporate executives. (216)

While the norm is not to compensate parties for their own internal costs and loss of time allocated to the arbitration, (217) some cases have taken a different approach. (218) A number of commentators have also questioned the justification for the distinction between external and internal costs. (219) Bühler argues that where document production is required, the cost of managerial time devoted to that task should be recoverable if it can be identified and accounted for. (220) On the one hand, the traditional view could be said to be an outmoded notion as to the entitlement of lay persons, but on the other, it is not necessarily a marginal cost, as key personnel engage in all aspects of the business for a fixed annual salary, hence it would be hard to assess the true loss to the company caused by re-prioritisation of tasks occasioned by the adjudicatory process. In some cases it may be easier to justify a party's own costs as a head of damages. Where allowed as costs, one domestic judge considered that this should be 'actual and direct' costs excluding overheads which are incurred in any event. (221)

15.12.13 Tribunal Fees and Expenses

Most systems allow for full recovery of tribunal fees and expenses. Where there is a panel of arbitrators, the presiding arbitrator or Chair might receive a general loading or be compensated at a higher level on an hourly rate simply because of the extra work in providing the first draft of the award and dealing with certain procedural rulings and administrative matters. Some rules require arbitrator fees to be individually stated in the award. (222)

The level and methodology for calculating tribunal fees will be impacted upon where an institution is involved. Institutions vary as to whether they promote hourly rates or flat daily fees or a global amount depending on the amount in dispute and the level of complexity. Even in an ad hoc arbitration, a tribunal ● will select from a range of fee options when negotiating with the parties. Article 41.2 of the UNCITRAL Rules 2010 calls on the tribunal to take into account the appointing authority's methodology to the extent the tribunal considers it appropriate. Institutional *ad valorem* fee schedules typically have a broad range allowing the institution or its supervisory court to set fees within the range at a level commensurate with the process undertaken and the complexity of the case. (223)

Another approach is to allocate fees on an hourly or daily basis as is the common approach of many private lawyers. The LCIA operates on an hourly fee. The current LCIA rate is 'not exceeding £400 per hour', though in certain circumstances fees can exceed this. (224) ICSID operates on a daily fee schedule, currently USD 3,000 per day. (225) In some cases, these fees may be varied by agreement of the parties. ICDR adopts a more flexible approach, inviting potential arbitrators to identify their rates for agreement by the parties when making selections. These rates are looked at alongside the size and

complexity of the case and the amount of service provided in calculating a final fee, (226) although the fees are generally passed on as charged.

The final approach, sometimes negotiated in ad hoc arbitrations, is a flat fee. In such cases all relevant persons must make an assessment of the likely length of proceedings and whether such a fee is fair and reasonable. There would also be a question as to whether there is a final agreement on the flat fee or whether there is also liberty to apply for a higher fee if the matter proves to be more complex than anticipated, for example by a party adding new claims or defences. This may depend on the contractual rights between arbitrator and parties, discussed in section 2.3 above. While respected and ethical arbitrators will approach each case with a view to adopting the fairest and most efficient procedures regardless of the fee methodology utilised, it is still appropriate to address the insights from economics as to the incentives of each. In the case of private lawyers and a range of other professionals, an hourly rate encourages some to heavily work a file to maximise fees. A flat fee provides the opposite incentive.

Finally, a decision by a tribunal as to its own fees cannot prevent the parties from challenging the level under their separate contractual entitlements. (227) A tribunal would be bound by an institution's determination as to costs, although there may be a separate contractual claim if the institution is behaving unreasonably. Article 41 of the UNCITRAL Rules 2010 provides a review mechanism to the appointing authority both as to the proposed fees and later as to the computed fees.



15.12.14 Secretary

Tribunal fees would also include the costs of an appointed secretary, although that would be subject to prior consent of the parties. If instead a tribunal appoints a secretary out of its own fee entitlement, it would not be reasonable to make a costs order against the losing party in respect of that component separately as absent consent, this has just been a private expense of the tribunal.

15.12.15 Appointing Authority

There may also be expenses of an appointing authority where one has been utilised. The same would be so where the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration designates the appointing authority under the UNCITRAL Rules. (228)

15.12.16 Travel and Accommodation

Travel expenses will include those of tribunal, counsel and any witnesses. Business class travel is generally the norm for matters of significance, (229) particularly where distances are also significant. Where parties are witnesses or assist or give instructions, their travel expenses would be covered for that reason. If not, these may be included in a broad discretion although they might equally be excluded under rules that only expressly refer to travel for the tribunal, counsel and witnesses. It is useful to resolve these issues in a costs protocol when both hope to win, when the parties are only instructing or assisting.

15.12.17 Hearing Room

The rental cost of the arbitral hearing room would naturally be recoverable.

15.12.18 Transcription, Interpreters and Translation

Transcription and translation services are commonly organised by the parties themselves. It would be rare for a tribunal to want to organise such functions. Where the parties make the arrangements, there will often be some agreement at that stage about fee sharing. Here it is important to be clear as to whether the agreement is intended to remain as originally articulated regardless of the final ● outcome, or whether it is simply an agreement as to preliminary payment to be varied by the tribunal's final costs award. The same issue may arise with such items as institutional fees and room hire.

Normally these costs will be included in the overall costs of the arbitration, but other approaches may arise where a translation is only for the convenience of one of the parties.

15.12.19 Institutional Costs

This section looks at the institutions own fees and not the controls they impose on arbitrator fees. As is the case with arbitral fees, there are a number of differing costing approaches. The ICC adopts an *ad valorem* approach. LCIA administrative fees are based on an hourly rate. It does not require terms of reference and has no equivalent to the ICC's International Court of Arbitration scrutiny of draft awards. ICDR fees are in proportion to the amount in dispute. ICSID has a fee schedule.

Institutional rules can also impact indirectly on costs. For example, the LCIA Rules allow for third-party intervention (230) and for tribunals to be constituted on an expedited basis. (231)

15.12.20 VAT and Taxes

The cost of arbitration could include taxes imposed on the service fees of professionals, including the tribunal itself. Any unavoidable on-costs should similarly be compensable. More problematic is a registration fee on the award at the enforcement stage as this is not a cost of the arbitration itself. It should be left to the court procedures to determine recoverability and then only if enforcement is necessary.

15.12.21 Security for Costs

The entitlement to security for costs was discussed in section 8.3 above as part of the process of establishing the procedure. The only relevant factor for this chapter is whether the costs of security should be awarded to a winning party who was required to post security. That issue might have been dealt with by the tribunal as part of the determination of the security application. If it was not addressed at that stage or was left to be considered at the end, it is arguably a cost of proceedings, as without security, the claim could not be pursued. It is also obviously within the loser's reasonable contemplation as it called for the security.



15.12.22 Costs of Contemporaneous Court Proceedings

It is not always clear whether a tribunal would seek to make an order over the costs of ancillary court proceedings, such as applications for stays of proceedings, anti-suit injunctions, interim measures, assistance in obtaining evidence or the like. Technically speaking, many of these are not costs of an arbitration but would instead normally be damages flowing from the arbitration agreement itself where the court case is pursued in breach of the exclusive arbitration agreement. (232) Conversely, where it is ancillary behaviour of the successful party in supporting the arbitration, such as the costs of court-ordered provisional measures, this may potentially be argued to be costs of the arbitration. (233) However, Hanotiau suggests that such costs are generally not accepted and should be claimed in the relevant procedures or as damages in appropriate circumstances. (234) To the extent permissible, a tribunal should be concerned to ensure that there is no duplication in the award of costs vis-à-vis the court involved.

Concurrent court or arbitral proceedings may also be a reason to reduce fees on the basis that the work was already done for the other matter. (235)

15.12.23 Costs in Relation to Settlement Negotiations

There is no consensus as to whether costs of mediation or other settlement negotiations ought to be recoverable via the arbitration. (236) Once again, this ought to be a matter for prior agreement of the parties. If a formal mediation is held, it ought to indicate the cost basis upon which it is being undertaken. In informal settlement negotiations, the issue can be complicated by the fact that some work can indiscriminately benefit the settlement but also benefit the ultimate proceedings if they ensue. When a tribunal renders an award following a settlement agreement, it should turn its mind to the issue of costs. Article 40.3 of the UNCITRAL Rules 2010 directs it to do so.



15.12.24 Correction and Interpretation of Awards

It is arguable that in many cases, separate costs awards ought not to be made against a losing party as a result of interpretation, correction or completion of awards as this is likely to arise because of a failure of the tribunal itself. (237) Nevertheless, rules such as Article 40.3 of the UNCITRAL Rules 2010 expressly allow for limited costs awards in such circumstances but not tribunal fees. If the application was ill-founded, there is no reason not to allow for costs. In some cases, cost advances may have already been paid out, making recovery more difficult.

15.12.25 Annulment and Enforcement

Costs relating to court challenges to the award or its enforcement would be dealt with under the rules of the particular court. The tribunal itself is *functus officio* at that stage. Such costs are costs of enforcement and not of the arbitration itself. (238)

15.12.26 State Parties and Investment Arbitration

In many investment disputes where States are parties, there would need to be separate consideration of governmental costs and those of private individuals. (239)

It has been suggested that where there is arbitration between two sovereign States, it is established practice to require each party to bear its own costs. (240) That may often apply by way of express agreement between the sovereign States as for example with the agreements establishing the Iran-US Claims Tribunals. (241) Christoph Schreuer has suggested that 'the practice of ICSID tribunals in apportioning costs is neither clear nor uniform.' (242) John Gotanda has suggested that there be ● default rules for both

commercial and investment arbitration. As to the former he suggests the default rule is for a rebuttable presumption in favour of costs following the event. In investment disputes, however, his suggested default rule is that parties should bear their own costs. In addition to the economic argument against fee shifting generally, (which would apply equally to both types of arbitration), he draws attention to a number of factors in support of a differing rule in investment cases. First, because awards against governments are borne by constituents, they may not readily be able to bear the burden. From the investor's perspective, the risk of adverse costs awards can be a disincentive to investment itself. (243) He also suggests that parties have more opportunity to tailor their costs entitlements on a case-by-case basis in commercial arbitration than in investment cases, which are often circumscribed by provisions in a BIT, multilateral treaty, the ICSID Rules or the ICSID Additional Facilities Rules. That may be so but there are no mandatory rules as to costs and parties can certainly make choices, including selecting the UNCITRAL Arbitration Rules to apply. He also alludes to the greater uncertainty in investment arbitration both as to legal norms such as expropriation and measurement of quantum of damages in such circumstances. Schill argues for a pro-claimant rule, suggesting that there is a hierarchical relationship between States and investors with the former being able to unilaterally bind the latter through administrative orders or legislation, supported by international law and principles of sovereignty. (244) However, presumptions as to relative size and power of investors and States are unlikely to be uniformly applicable.

As noted above, empirical studies have shown an increasing trend towards loser pays in investment arbitration. Some investment cases have argued strongly for a harmonised approach between commercial investment arbitration. (245) Others have followed a textual approach when applying the UNCITRAL Rules in their earlier version, finding a presumption in Article 40.1 of the 1976 Rules without the same presumption in Article 40.2, thus shifting arbitral expenses but not representation costs. (246) Nevertheless, the key cases proposing costs following the event contain strong dissents to the contrary, and the revised UNCITRAL Rules do not mention the distinction. (247) Policy arguments against costs following the event in investment arbitration tend to be based on certain presumptions, such as governments being more able to cover costs than investors and arguments as to economic ramifications as to the promotion of effective investment. Because the respective size between investor and host State can vary significantly, any blanket presumptions are problematic. Arguments as to the implications for investment per se are also problematic as entitlements and uncertainties will all be factored into assessment of investment value. Empirical analysis has also suggested that successful respondents rarely receive costs awards.

15.12.27 Other

Other expenses might include typing fees, photocopying, facsimile and courier.

Interest is not awarded in relation to the pre-award historical aspect of cost expenditures as costs only become due when awarded. (248) Post-award interest might be sought where permitted by law and pre-award interest may apply if costs are successfully claimed as damages.

15.13 Reasons and Costs Awards

It is a contentious question in arbitration as to the degree of reasoning to be incorporated in an award, although absent agreement to the contrary, the better view is that all awards should be adequately reasoned. Nevertheless, there is no presumption or consensus that the same principles necessarily apply to cost determinations. The UNCITRAL drafting history of the 1976 Rules suggested that apart from arbitrators' fees, all other costs may be stated as a lump sum. (249) Best practice would nevertheless suggest that adequate reasoning be provided notwithstanding the lack of any stipulation in *lex arbitri*. The parties are entitled to know the reasons for the outcome, particularly the losing party. Providing reasons can also help in the educative function of published arbitral awards. More elaborate reasoning might also be expected when draft awards are to be submitted to institutions for their scrutiny.

●

15.14 Timing of Costs Awards: Interim Stage and Final Cost Awards

15.14.1 Deposits of Costs

There is a difference between the payment of the costs and the actual award in relation to final allocation. Arbitral rules generally require the costs of the tribunal and any institution to be provided upfront. (250) This is discussed in section 6.11

15.14.2 Interim Costs Determinations

While costs awards are normally made as part of the final award, it is entirely possible that costs decisions could be made at an earlier stage. Some tribunals will reserve the question of costs on interim decisions. Some rules clearly allow for interim or partial

costs awards. (251) While tribunals might well consider the imposition of interim costs awards to promote efficiency, it is commonly expected that even such orders may be revised directly or indirectly when the final costs award is made, as at that later stage, the tribunal can consider relative success as well as procedural behaviour and can consider the relationship between the two. Tribunals should also indicate clearly whether this is likely to be a final ruling on the particular issue. For example a party who seeks excessive discovery but is ultimately successful would be treated differently if the tribunal wishes to indemnify the winner as the dominant factor or instead wishes to promote fair and reasonable behaviour as to discovery of documents. (252)

If a tribunal wishes to be able to reconsider costs issues at a later stage, it may be preferable to make an interim decision by way of a mere procedural order so that the earlier determination might not be considered *res judicata*, although that approach may undermine enforceability and would encourage rearguing of costs perhaps unnecessarily. (253) Conversely, if the determination is to be enforceable, the tribunal should register the cost decision as part of a partial award. That might not always be easy as the notion of an award requires a final disposition of all or part of a particular claim. Unless a broad view was taken to suggest that the costs claim is itself a matter finally disposed of, an interim costs award might need to relate to another dispositive determination. A problematic area would be a costs award in relation to an application for a conservatory measure. (254)

●

Where a tribunal intends to utilise interim costs awards to promote timely and reasonable behaviour, it ought to make this very clear to the parties from the outset. For example, if a party applied to change a hearing date at the eleventh hour causing unfair loss to other parties, it could be entirely reasonable for the tribunal to award wasted costs at that stage. The same can relate to preliminary determinations as to jurisdiction. Another simple reason to award interim costs is that parties have incurred the expenses. Cash-flow considerations would demand prompt reimbursement where there is a basic entitlement for this. Bihler suggests that if the tribunal wishes to make cost determinations on an interim basis, this might be included in the terms of reference where applicable. (255)

Where institutions are involved and fix the administrative costs and tribunal fees, these will not be known by the tribunal at an interim stage and cannot readily be allocated. Nevertheless, counsels' fees can still be allocated at that stage in appropriate circumstances. (256)

15.14.3 Final Costs

Gerald Aksen criticises the tendency to reserve cost decisions until an award on the merits. While this saves the need for the losing party to present an indication of their costs, if both parties simultaneously submitted costs this would help in identifying whether each is reasonable. (257) Court scrutiny by the ICC Court tends to encourage one draft final award including costs issues. (258) There are advantages and disadvantages either way. If submissions on costs are called for prior to announcing the award on the merits, then in cases where each party has some confidence of success, there are likely to be broad costs claims and less of a difference between the parties. However, one party may be preparing and submitting costs information needlessly. Conversely, once the final result is known, parties are clearly opposed on costs applications, which may draw out the proceedings and add further costs in arguing costs entitlements. However, evidentiary material is only needed from the party entitled to costs. There is even a need to consider distinct costs awards at that stage. For example, a successful party who claims excessive costs, might find that there is a basic costs order in their favour as to the merits, a reduction on reasonable grounds and a costs order against them for the argument as to costs itself.

●

While the norm is to leave costs determinations until the final stages, as noted above, arbitrators should ensure that this is not left so late as to allow an argument that the tribunal has become *functus officio* prior to the costs determination. This might occur if a tribunal simply forgot to deal with a particular cost element in what it described as its final award, although most rules allow for additional awards within strict time-limits. (259)

15.15 Enforcement of Costs Awards

One advantage of costs awards by tribunals rather than delegation to courts is that the decisions of the latter may not readily be enforceable in an international context. (260)

15.16 Review of Costs Awards

Generally speaking, costs decisions by tribunals will not be subject to annulment or appeal. Where as in the UK, there can be limited appeals on errors of law, in some circumstances at least it is conceivable that a tribunal might base the cost decision on such an error. Limitations on the discretion can be impacted upon by directions in the *lex*

arbitri. For example, under the English Arbitration Act 1996, because of the presumption that costs follow the event, a costs award has been annulled where it improperly applied that criterion. (261) Annulment and enforcement challenges could also proceed in any jurisdiction if the arbitrator failed to follow due process in coming to the costs determination. For example an aggrieved party ought to be able to challenge if the procedure of costs determination did not allow an equal opportunity to be heard or took inappropriate issues into account. Less clear is the situation where a tribunal simply makes no decision as to costs. In turn that would depend on whether costs were claimed by a party. In the latter event, a failure to rule on costs could be said to be a failure to complete the mandate, allowing for challenges to that extent. (262)

As noted, one aspect of uncertainty in such procedural challenges is whether there is a need for similar reasons on a costs determination as there is for the balance of the award. This was discussed in section 15.13 above. Because costs orders are part of an award, there seems no reason to have a fundamentally different ● approach to the level of reasoning required as to other elements of the award, particularly when in many cases the costs can be a very significant part of the total compensation awarded.

15.17 Conclusion

It is unlikely that *lex arbitri* and arbitral rules will in the foreseeable future seek to be more prescriptive about the nature of recoverable costs and the basis upon which this is to be determined. The most that can be expected is increased confirmation that loser pays is the starting presumption, that other factors such as procedural behaviour can be taken into account and that reasonable limits may also be appropriate. Because there are a range of potentially relevant factors and because of the broad discretions left to a tribunal, the most desirable way forward is for parties to give appropriate attention and directions and where they cannot agree, for the tribunal to make its approach known at the earliest possible stage in the arbitral process and where possible, attempt to develop a costs protocol at an early stage.

●

References

- 1) The loser-pays principle, while associated with Commonwealth countries, can be traced to Roman law. John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 5.
- 2) Historically, the civilian legal tradition was more inclined to award court and procedural costs rather than reimbursement of legal fees. Even in litigation, there now appears to be a strong trend towards greater reimbursement of legal costs to successful parties in such jurisdictions. See Charles Price & Yves Stans, 'Using Costs as a Case Management Tool in International Arbitration', *ASA Bulletin* 25, no. 4 (2007): 704. For a current database on various jurisdictional approaches to costs see the work of the Oxford University Centre for Socio-Legal Studies available at <www.csls.ox.ac.uk/CivilJusticeSystems.php>.
- 3) Christopher Newmark, 'Controlling Time and Costs in Arbitration', in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Lawrence W. Newman & Richard D. Hill (Huntington: Juris Pub, 2008), 81.
- 4) Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America* (New York: Clarendon Press, 1996), 70-73. See also Avery Katz, 'Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?', *Journal of Law, Economics and Organization* 3, no. 2 (1987): 143. Katz looks at the financial incentives in terms of the size and strength of claims that each costs rule tends to favour.
- 5) See, e.g., Stephan W. Schill, 'Arbitration Risk and Effective Compliance: Cost-Shifting in Investment Treaty Arbitration', *Journal of World Investment & Trade* 7, no. 5 (2006): 653.
- 6) There are no significant empirical studies although the Chartered Institute of Arbitrators has recently conducted a survey amongst users. The results were not available at the time of publication. Industry groups have also given particular attention to concerns as to costs. An example was the establishment of the Corporate Counsel International Arbitration Group. See <www.cciag.com/>.

- 7) Gotanda has made this observation in a range of detailed studies. John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 1; John Y. Gotanda, 'Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in International Arbitration', *The Villanova University School of Law Working Paper Series*, Paper 144, 2009, <<http://law.bepress.com/villanova/wlps/paper/art144>>; John Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1998). George H. Aldrich also noted that the three Chambers of the Iran-US Claims Tribunal adopted different approaches with respect to the awarding of costs of legal representation. George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 479.
- 8) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 249.
- 9) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 250. See also decision of an arbitral tribunal seated in England operating under the LCIA Rules discussed in Jonathan Wood, 'Protection against Adverse Costs Awards in International Arbitration', *Arbitration* 74, no. 2 (2008): 139.
- 10) See, e.g., *Bill's Coal Co. v. Board of Public Utilities*, 887 F. 2d 242 (10th Cir 1989); *Davis v. Prudential Sec. Inc.* 59 F. 3d 1186 (11th Cir 1995). See also John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 16. A conflicts methodology that seeks to begin with characterisation as either procedural or substantive could also lead to *renvoi* situations where, for example, the arbitration takes place in a seat which considers costs to be a matter of substantive law and the tribunal selects a substantive law that treats costs as a procedural matter.
- 11) This is sometimes the case in regulatory legislation seeking to encourage private litigants. See, e.g., the US *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act* 18 USC § 1964(c) (Sup) as applied in *Triumph Painters Ltd v. Kerr McGee Refining Corp*, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Book of Commercial Arbitration, Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1995), 120.
- 12) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2495.
- 13) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 251.
- 14) Note the Arbitration Act BE 2545 Thailand, Chapter VIII. Fees, expenses and remuneration s. 46 'Unless otherwise agreed by the parties, the fees and expenses incurred in the arbitration proceedings, including the remuneration of the arbitrator, but excluding attorney's fees and expenses, shall be in accordance with those stipulated in the award of the arbitrator.'
- 15) The arbitration agreement might also have a different applicable law to the balance of the contract, impacting upon applicable damages principles. See Marc Blessing, 'The Law Applicable to the Arbitration Clause', in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 168.
- 16) As opposed to one who wins via a counterclaim or set-off. See Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 251.
- 17) In an extreme case, a respondent might try and argue that a spurious claim is a breach of a good faith agreement to arbitrate or is a general misrepresentation.
- 18) I am indebted to Mark Kantor for this observation.
- 19) This provision is mandatory per s. 4(1) and Schedule 1 of the Act and thus cannot be contracted out.
- 20) On one view this seems overly paternalistic given the law and economics arguments for the American rule to similar effect discussed below.
- 21) ICC Rules 2012 Art. 37(5); SIAC Rules Art. 31.1; ICDR Rules Art. 31; ICSID Convention Art. 61(2); Vienna Rules Art. 31.
- 22) UNCITRAL Rules 2010 Art. 42; LCIA Rules Art. 28.4.; HKIAC Rules Art. 36.4; Swiss Rules 2012 Art. 40.1; ACICA Rules Art. 41.
- 23) See Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), 1118-1119. See also Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2489-2490.
- 24) See, e.g., Australian International Arbitration Act s. 27; Hong Kong Arbitration Ordinance 2010 ss 57 and 74.
- 25) English Arbitration Act 1996 s. 61(2); German Code of Civil Procedure Art. 1057(1).
- 26) DIS Rules Art. 35.2; NAI Rules Art. 61(2); UNCITRAL Rules 2010 Art. 42; LCIA Rules Art. 28.4; HKIAC Rules Art. 36.4; Swiss Rules 2012 Art. 40.1; ACICA Rules Art. 41. See also SCC Rules Art. 43.
- 27) David Smith, 'Shifting Sands: Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration', *Virginia Journal of International Law* 51, no. 3 (2011): 750.
- 28) Japanese Arbitration Law 2003 Art. 49(1).

- 29) Article 37(5).
- 30) English Arbitration Act 1996 s. 63(5)(b).
- 31) See UNCITRAL Rules 2010 Art. 40.2; ACICA Rules Art. 39; HKIAC Rules Art. 36.
- 32) David D. Caron, Matti Pellonpää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 948.
- 33) *Himpurna California Energy Ltd and PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara*, (Final Award), in Albert Jan van den Berg (ed.) *Yearbook of Commercial Arbitration, Volume XXV* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 107.
- 34) Yves Derains & Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edn (The Hague: Kluwer Law International, 2005), 370.
- 35) English Civil Procedure Rules, Parts 44 and 47.
- 36) Charles Price & Yves Stans, 'Using Costs as a Case Management Tool in International Arbitration', *ASA Bulletin* 25, no. 4 (2007): 711.
- 37) Michael W. Bihler & Sigvard Jarvin, 'ICC Arbitration Rules', in *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 1st edn, ed. F.B. Weigand & E.H. Betts (Oxford: Oxford University Press, 2002), 297.
- 38) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2490; Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 252-253 and 256, n. 42; Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), 1119.
- 39) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2498, citing M. Bühler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), 361.
- 40) Marc Blessing, 'The Law Applicable to the Arbitration Clause', in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 178.
- 41) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2491.
- 42) An example is England where the power to award costs was seen as entirely based on statute. Michael O'Reilly, 'Provisions on Costs and Appeals: An Assessment from an International Perspective', *Arbitration* 76, no. 4 (2010): 709-720.
- 43) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2492-2493. See also *ReliaStar Life Insurance Co. of New York v. EMC National Life Co.*, 546 F. 3d 81, US Court of Appeals for the Second Circuit, 8 April 2009 where a majority panel of the US Court of Appeals for the Second Circuit held that the inclusion in an arbitration agreement of a general provision that each party will bear the expenses of its own arbitrator and attorney fees does not deprive an arbitration panel of its inherent authority to award such expenses and fees against a party who was determined to have failed to arbitrate in good faith.
- 44) Clear party autonomy will prevail, in part because the American costs rule is not considered to be part of US public policy in the event of challenge to enforcement. See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2491.
- 45) Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 4th edn (Oxford: Blackwell Publishing, 2000), 276.
- 46) Lord Mustill & Stewart Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd edn (London: LexisNexis Butterworths, 2001), 39.
- 47) English Arbitration Act 1996 s. 63.
- 48) Section 21(3) indicates that a certificate signed by the Registrar on the amount of costs or fees taxed shall form part of the award of the tribunal. Section 21 (4) indicates that the Chief Justice may, if he thinks fit, by notification published in the Gazette, appoint any other person to exercise the powers of the Registrar under that section.
- 49) UNCITRAL Rules 2010 Art. 41.4.
- 50) Phillip Yang, 'The Organisation of International Arbitration Proceedings', in *The Asian Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Michael Pryles & Michael J Moser (Huntington: Juris Pub, 2007), 220.
- 51) See, e.g., ICC Rules 2012 Art. 37(1) and Appendix III; SCC Rules, Appendix III.
- 52) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2209-2502.
- 53) See ICC Case No. 3383 (1979), in Pieter Sanders (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume TO* (The Hague: Kluwer Law International, 1982), 123; ICC Case No. 5896 (1992), *ICC Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 37; SCC Case No. 129/2000 (2002), *Stockholm Arbitration Report* (2003), 127.
- 54) Michael Bihler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 258.
- 55) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2501. See also S. Kröll, 'Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction', *Arbitration International* 20 (2004): 55.
- 56) Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 717.
- 57) *Ibid.*, 718.

- 58) See, e.g., NAI Rules Art. 52(3).
- 59) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 257-258.
- 60) See, e.g., ICC Case No. 10574 (2000), *Mealey's International Arbitration Reports* 16 (2001): 62.
- 61) Final Award in ICC Case No. 6320, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XX* (The Hague: Kluwer Law International, 1995), 108-109.
- 62) Cases that have upheld cost agreements by the parties include ICC Final Award No. 3572 (1982), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Vol XIV* (The Hague: Kluwer Law International, 1989), 111; ICC Final Award No. 6320 (1992), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XX* (The Hague: Kluwer Law International, 1995), 62; ICC Final Awards Nos 7385 & 7402 (1992), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 68; Final Award of 17 November 1994 (ad hoc), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXI* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), 13. See also Award of 27 May 1991 (ad hoc), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVII* (The Hague: Kluwer Law International, 1992), 11. The latter case enforced an agreement to bear all costs and fees equally.
- 63) Section 46 Arbitration Act BE 2545.
- 64) John Y. Gotanda, 'Awarding Interest in International Commercial Arbitration', *American Journal of International Law* 90 (1996): 57.
- 65) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 30.
- 66) For example in *Transvenezualian Shipping Co. SA v. Czarnikow-Rionda Co. Inc.* (1982) AMC 1458, 1460 (SDNY 1981) the US District Court held that a clause allowing for the award of the 'expenses and costs of arbitration' did not cover attorneys' fees and legal expenses.
- 67) See Murray L. Smith, 'Costs in International Commercial Arbitration', *Dispute Resolution Journal* 56, no. 1 (2001): 33-34.
- 68) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 257.
- 69) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 49.
- 70) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 256. There is a slight confusion in the terminology in the UK legislation with s. 61(1) speaking of what the tribunal may do while s. 61(2) indicates what it shall do in certain circumstances. Sheridan argues that they must so decide. Peter Sheridan, *Construction and Engineering Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 1999), 430.
- 71) See, e.g., Australian International Arbitration Act s. 27. For the position in New Zealand, see *Casata Ltd v. General Distributors Ltd* [2006] NZSC 8.
- 72) Emmanuel Gaillard & John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 685.
- 73) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 255.
- 74) Previously the situation in England was that arbitrators were required to act judicially in dealing with costs but this is now questioned. See, e.g., *SKI pic v. Metro-Cammell Hong Kong Ltd* (1996) CILL 1162; *Fence Gate v. NEL Construction Ltd* [2002] 82 Con LR 41 per Thornton J, para. 33; Hew R. Dundas, 'Recent Developments Regarding Costs in Litigation: Are They Applicable in Arbitration?', *Arbitration* 69 (2003): 90.
- 75) See *Newfield Construction Ltd v. John Lawton Tomlinson* [2004] EWHC 3051 (TCC) for an example of error found based on a tribunal's cost reasoning.
- 76) Christopher Newmark, 'Controlling Time and Costs in Arbitration', in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Lawrence W. Newman & Richard D. Hill (Huntington: JurisPub, 2008), 82.
- 77) Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn (Oxford: Oxford University Press, 2009), 548.
- 78) ICC, 'Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration', <www.iccwbo.org/uploaded-Files/TimeCost_E.pdf>, 2007, para. 85.
- 79) *Ibid.*
- 80) Michael Bühler, 'Costs of Arbitration: Some Further Considerations', in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ed. Gerald Aksen et al. (Paris: ICC Publishing, 2005), 183.
- 81) Peter Sheridan, *Construction and Engineering Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 1999), 436.
- 82) Ronald Bernstein, 'Some Thoughts on When and How an Arbitrator Should Use the Power to Cap the Recoverable Costs of the Arbitration, or of Any Part of the Arbitral Proceedings, Given to Him by Section 65 of the Act of 1996', *International Arbitration Law Review* 1, no. 3 (1998): 51.

- 83) Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn (Oxford: Oxford University Press, 2009), 546. There are numerous arbitral cases applying the loser pays principle. See, e.g., ICC Case No. 8486 (1996), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIV* (The Hague: KluwerLaw International, 1999), 171; ICC Case No. 7645 (1995), in Albert Jan van den Berg (éd.) *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXVI* (The Hague: Kluwer Law International, 2011), 151; ICC Case No. 8528 (1996), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXV* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 352.
- 84) See, e.g., Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 655.
- 85) Richard H. Kreindler, 'Final Rulings on Costs: Loser Pays All?', *ASA Special Series 26* (2006): 41.
- 86) Susan D Franck, 'Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration', *North Carolina Law Review* 86 (2007): 1; Susan D. Franck, 'Rationalizing Cost Awards in Investment Treaty Arbitration', *Washington University Law Review* 88, no. 4 (2011).
- 87) UNIDROIT, 'Draft Principles of Transnational Civil Procedures, Study LXXVI, Doc 11', <www.unidroit.org/english/documents/2004/study76/s-76-ll-e.pdf>, February 2004. Gotanda also identifies the following countries that employ the costs follow the event principle: Australia, Austria, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Denmark, Dominican Republic, France, Germany, Greece, Hungary, India, Italy, Iran, Luxembourg, Mexico, The Netherlands, New Zealand, Portugal, Romania, Switzerland, Turkey and Yemen.
- 88) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2495.
- 89) J.Y. Gotanda, 'Bringing Efficiency to the Awarding of Fees and Costs', in *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. S Kröll et al. (Alphen aan den Rijn: Walder Wyss, 2011), 147.
- 90) *Waguih Elie, George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15 (Italy/Egypt BIT), Award and Dissenting Opinion (1 June 2009), available at <http://ita.law.uvic.ca/documentsAVaguihElieGeorgeSiag-AwardandDissentingOpinion_002.pdf> para. 617.
- 91) See, e.g., *EDF (Services) Ltd v. Romania*. ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), para. 327.
- 92) See Susan D. Franck, 'Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration', *North Carolina Law Review* 86 (2007): 1; Susan D Franck, 'Rationalizing Cost Awards in Investment Treaty Arbitration', *Washington University Law Review* 88, no. 4 (2011).
- 93) David Smith, 'Shifting Sands: Cost and Fee Allocation in International Investment Arbitration', *Virginia Journal of International Law* 51, no. 3 (2011): 749.
- 94) An earlier study by Noah Rubins in 2003 had also found little in the way of applications of costs following the event. Noah Rubins, 'The Allocation of Costs and Attorneys Fees in Investor-State Arbitrations', *ICSID Review* 18 (2003): 109.
- 95) Gotanda notes numerous US federal statutes allowing for attorneys' fees awards, fee shifting for malicious claims and party agreement to fee awards. See John Yukio Gotanda, 'Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 13.
- 96) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 5.
- 97) Michael O'Reilly, 'Rethinking costs in commercial arbitration', *Arbitration* 69, no. 2 (2003): 122.
- 98) There is a separate question as to whether there is a power to award costs to the respondent who may succeed in showing that there is no arbitral jurisdiction. This was discussed in section 8.1.
- 99) American commentators have argued that the development of the rule may have a more parochial gestation, being intended to reduce lawyers' costs through general distrust of the profession (e.g., Ronald Braeutigam et al., 'An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems', *Law & Contemporary Problems* 47 (1984): 173, 174) or that it flowed from general deregulation of lawyers' fees after the American Revolution where excessive fees worked well if these were recovered from the winning party out of moneys received (John Leubstors, 'Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery', *47 Law & Contemporary Problems* 9 (1984).
- 100) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 11, citing *Arcambel v. Wiseman* 3 US 306 (1796) and *Fleischman Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 US 714 (1967).
- 101) Murray L. Smith, 'Costs in International Commercial Arbitration', *Dispute Resolution Journal* 56, no. 1 (2001): 31-32.
- 102) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 268.

- 103) Clinton S. Becker III & Avery Katz, 'The Incentive Effects of Litigation Fee Shifting when Legal Standards Are Uncertain', *International Review of Law & Economy* 15 (1995): 205-206.
- 104) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 37 and articles cited in fn. 172.
- 105) Peter Sheridan, *Construction and Engineering Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 1999), 432.
- 106) David P. Riesenber, 'Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying Application of the English Rule', *Duke LJ* 60 (2010-2011): 977 at 1000; Werner Pfennig-storf, 'The European Experience with Attorneys Fee Shifting', *Law & Contemporary Problems* 47 (1984): 37.
- 107) See, e.g., *In re Elgindata (No 2)* [1992] 1 WLR 1207 CA.
- 108) Even the arbitration costs can be significantly affected. Neil Kaplan uses the example of a successful claim for USD 1,000,000 with a successful counterclaim for USD 900,000. Is the net balance of USD 100,000 a true win? See Neil Kaplan, 'Problems at Both Ends', in *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. S Kröll et al. (Alphen aan den Rijn: Walder Wyss, 2011). An institution would consider that the combined claims are USD 1.9 million and assess these accordingly. The net figure is simply USD 100,000 that ought to have been paid from the outset.
- 109) However, Bühler questions whether procedural and parties' costs should be treated differently. Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 261.
- 110) See Study reported in Eric A Schwarz, 'The ICC Arbitral Process-Part IV: The Costs of ICC Arbitration', *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 21.
- 111) See J.Y. Gotanda, 'Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in International Arbitration', *The Villanova University School of Law Working Paper Series*, Paper 144, 2009), 11.
- 112) Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 710.
- 113) See ICC Final Award No. 5759 (1989), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 34. In that case, the tribunal awarded 75% of costs because claimant prevailed on 75% of the claims raised. See also ICC Final Award No. 8786 (1997), *ASA Bulletin* 20, no. 1 (2002): 67. That case saw a successful respondent awarded only 80% of legal costs because the tribunal had dismissed an application for an interim award on security. A similar result arose in ICC Case No. 5901 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 40, where the successful respondent lost certain initial procedural defences. See also ICC Case No. 10274 (2003), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIX* (The Hague: Kluwer Law International, 2004), 107, where it was stated that 'in its decision over the allocation of costs the tribunal is guided by the win/loss proportion in the case at hand'.
- 114) See, e.g., ICC Award No. 3493 (1983), in Pieter Sanders (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume IX* (The Hague: Kluwer Law International, 1984), 111.
- 115) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 39, referring to the Welamson Doctrine further outlined in J. Gillis Wetter & Charl Priem, 'Costs and Their Allocation in International Commercial Arbitrations', *American Review of International Arbitration* 2 (1991): 273-274.
- 116) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 261, n. 78.
- 117) ICC Final Award No. 7047 (1994), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXI* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), 79. Judge Holtzmann offered suggestions about the approach to an issue-by-issue basis in his separate opinion in the *Sylvania* case. See *Sylvania Technical Systems, Inc. et al. and the Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 8 Iran-US Claims Tribunal Reports 329.
- 118) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 268.
- 119) M. Behler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), 188.
- 120) See, e.g., Final Award in ICC Case No. 8032 of 1995, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXI* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), 121. Craig Park Paulsson also suggest that costs claims should be subject to proof like any proof of damage. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edn (Dobbs Ferry: Oceana, 2000).
- 121) See, e.g., ICC Case No. 6673 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 47.
- 122) See, e.g., ICC Case No. 8332 (1996, unpublished) cited in Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 266.

- 123)** See, e.g., ICC Case No. 8486 (1996), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIVa* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 172. See also *Liberiam Eastern Timber Corp v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2 (31 March 1986); *Repsol YPF Equador SA & Empresa Estatal Petróleos del Equador v. Republic of Equador*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on Annulment (8 January 2007).
- 124)** *Near East Technological Services USA, Inc. v. Islamic Republic of Iran Air Force Logistics and Command*, Case No. 845, Award No. 406-845-1 of 16 December 1988.
- 125)** See, e.g., Final Award in ICC Case No. 5731 of 1989, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 3, no. 1 (1992): 18. Final Award in ICC Case No. 6959 of 1992, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4, no. 1 (1993): 48.
- 126)** For a case where continual delaying tactics led to an entire costs award against a defendant who successfully precluded some claims, see Award in ICC Case No. 8486 of 1996, in Albert Jan van den Berg (ed.) *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIVa* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 162.
- 127)** See, e.g., ICC Final Award No. 6527 (1991), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 44. An older English case considered that reducing costs because a claimant recovered significantly less than claimed was an error in principle. Modern courts are less likely to interfere on this basis. See *Channel Island Ferries Ltd v. Cenar go Navigation Ltd* [1994] 2 Lloyd's Reports 161 per Phillips J at 170.
- 128)** See, e.g., English Arbitration Act 1996 s. 53; UNCITRAL Rules 2010 Art. 40; ICC Rules 2012 Art. 37; HKIAC Rules Art. 36.1; SCC Rules, Art. 44; Swiss Rules 2012 Art. 38; ACICA Rules Art. 39. See also *Sylvania Technical SYS Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 8 Iran-US Claims Tribunal Reports 329.
- 129)** John Y Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 41.
- 130)** See, e.g., ICC Case No. 5726 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 35.
- 131)** See, e.g., ICC Final Award No. 7006 (1992), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 58.
- 132)** See ICC Case No. 6914 (1992) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 48. In that case, a costs order was reduced against an unsuccessful claimant because of the respondent's failed attempt to object as to claimant's capacity. Other examples of unnecessary failures to admit might include information about corporate legal status and title to property.
- 133)** See, e.g., ICC Case No. 6955 (1993), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIV* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 139.
- 134)** *Calderbank v. Calderbank* [1975] 3 All ER 333. For domestic English litigation such a procedure is now enshrined in Part 36 of the English Civil Procedure Rules. It has been suggested that this procedure is also commonly used in English domestic arbitration. See Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 4th edn (Oxford: Blackwell Publishing, 2000), para. 61G. As to sealed offers in English arbitration see Donaldson J in *Tramountana Armadora SA v. Atlantic Shipping Co SA* [1978] 1 Lloyd's Re, 396.
- 135)** See also Jonathan Wood, 'Protection Against Adverse Costs' Awards in International Arbitration', *Arbitration* 74, no. 2 (2008): 142.
- 136)** For a more critical perspective as to the factual findings see Jonathan Wood, 'Protection against Adverse Costs' Awards in International Arbitration', *Arbitration* 74, no. 2 (2008): 139.
- 137)** Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 263.
- 138)** *SKI pic v. Metro-Cammell Hong Kong Ltd* (1996) CILL 1162.
- 139)** Michael O'Reilly, 'Provisions on Costs and Appeals: An Assessment from an International Perspective', *Arbitration* 76 (2010): 710.
- 140)** See, e.g., ICC Final Award No. 4629 (1989), Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 11.
- 141)** See, e.g., ICC Case No. 7453 of 1994, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1997); ICC Case No. 8486 (1996), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXIV* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 172.
- 142)** *Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award 27 August 2008 paras 321-323 available at <<http://ita.law.uvic.ca/documents/plamabulgariaawardPBA.pdf>>; *Europe Cement Investment and Trade SA v. Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award 13 August 2009 available at <<http://ita.law.uvic.ca/documents/EuropeCementAward.pdf>>; *Cementownia 'nowa huta' SA v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, 17 September 2009.
- 143)** See, e.g., ICC Case No. 6248 (1990), in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XIX* (The Hague: Kluwer Law International, 1994), 124.

- 144) John Y Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 42.
- 145) *Bernaidus Henricus Funnekatter and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6 (Netherlands/Zimbabwe), Award 22 April 2009, available at <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ZimbabweAward.pdf>> Another case where a tribunal chose not to award legal costs in part because of economic and political circumstances in a developing country respondent was *Himpurna v. Indonesia*, Final Award, in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXV* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 106.
- 146) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 221.
- 147) George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 479.
- 148) Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 703.
- 149) CIETAC Rules Art. 50.
- 150) W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edn (Dobbs Ferry: Oceana, 2000), 395.
- 151) Charles Price & Yves Stans, 'Using Costs as a Case Management Tool in International Arbitration', *ASA Bulletin* 25, no. 4 (2007): 714.
- 152) Ronald Bernstein, 'Some Increased Responsibilities of Arbitrators and of Those Who Appoint Them', *International Arbitration Law Review* 1, no. 2 (1998): 52.
- 153) Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 252.
- 154) However, some recent investment arbitrations have made use of early procedures. ICSID Rules Art. 41.5, for example, permits parties to apply at an early stage for a ruling that a claim is clearly without legal merit. See *Global Trading Resource Corp. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11 (1 December 2010).
- 155) *Sylvania Technical SYS Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 8 Iran-US Claims Tribunal Reports 329. Judge Holtzmann's test has been commonly cited in subsequent arbitration cases. See, e.g., *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15 (1 June 2009); *ADC Affiliate Ltd, ADC & ADMC Management Ltd v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 (2 October 2006).
- 156) Michael W. Bühler & Sigvard Jarvin, 'ICC Arbitration Rules', in *Practitioners' Handbook on International Arbitration*, ed. S.B. Weigand & E.H. Betts (Oxford: Oxford University Press, 2002), 299. See also Neil Kaplan, 'Problems at Both Ends', in *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. S. Kröll et al. (Alphen aan den Rijn: Walder Wyss, 2011).
- 157) *Sylvania Technical SYS Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 8 Iran-US Claims Tribunal Reports, 323-324.
- 158) *Ibid.*, 329.
- 159) See Chartered Institute of Arbitrators, 'Guidelines for Arbitrators on Making Orders Relating to the Costs of the Arbitration', <www.ciarb.org/information-and-resources/PracticeGuide-line9.pdf>.
- 160) Philip Yang, 'The Organisation of International Arbitration Proceedings', in *Asian Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Michael Pryles & Michael Moser (Huntington: JurisNet, 2007), 222.
- 161) Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 254.
- 162) W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edn (Dobbs Ferry: Oceana, 2000), 394.
- 163) See, e.g., ICC Final Award No. 8032 (1995), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXI* (The Hague: KluwerLaw International, 1996), 121.
- 164) This is a view taken by a Singaporean court in *W v. VW* [2008] SGHC 11, [53].
- 165) See, e.g., Neil Kaplan, 'Problems at Both Ends', in *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. S. Kröll et al. (Alphen aan den Rijn: Walder Wyss, 2011), 284.
- 166) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 218.
- 167) See, e.g., Australian International Arbitration Act 1974 s. 27.
- 168) As to this, see section 16.16.
- 169) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 249.
- 170) See UNCITRAL Rules 2010 Art. 40; HKIAC Rules Art. 36.1; ACICA Rules Art. 39. See also David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 932.
- 171) Attempts to collect prior to issuing proceedings were denied in *Grommet State Machine Company Co, Inc. and the Islamic Republic of Iran et al.* (1981-1982) Iran-US Claims Tribunal Reports 447.

- 172) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 214. See also ICC Case No. 5896 (1992), *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993).
- 173) See, e.g., the views in ICC Case No. 5896 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 38.
- 174) See ICC, 'Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration', <www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf>, 2007. Klaus Sachs' impressionistic views from his own arbitral experience were that legal costs accounted for between 81% and 94% of total arbitration costs. See Klaus Sachs, 'Time and Money', in *Pervasive Problems in International Arbitration*, ed. Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew (The Hague: Kluwer Law International, 2006), 103.
- 175) For example, Thailand Arbitration Act s. 46.
- 176) Susan D. Franck, 'Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration', *North Carolina Law Review* 86 (2007): 67, which found that legal fees were only awarded in 13 of 54 final awards. See also footnotes 92-94 above and related text.
- 177) Note, however, that s. 27 of the Australian International Arbitration Act expressly empowers a tribunal to consider such principles.
- 178) It has been observed that some Canadian provincial courts award something in the order of 30%-50% of legal costs to the winner while in England it tends to be closer to 70%-80%. Murray L. Smith, 'Costs in International Commercial Arbitration', *Dispute Resolution Journal* 56, no. 1 (2001): 31.
- 179) See, e.g., ICC Case No. 5008 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993): 31.
- 180) See, e.g., ICC Case No. 5726 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993): 36.
- 181) Such arrangements are sometimes described as success fees, conditional fees or alternative fee arrangements. These are also known as 'quota litis pactum de talnario' or the German *streitanteil* or *erfolgshonorar*. See Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 241. Contingency fee arrangements have been accepted in the United Kingdom in *Thai Trading Co. v. Taylor* [1998] 2 WLR 893 CA.
- 182) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 249, referring to UNIDROIT's Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedures.
- 183) Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 250.
- 184) Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 709.
- 185) For a review as to which civilian legal systems allow for success fee arrangements see Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 241.
- 186) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004), 271, n. 122.
- 187) Michael O'Reilly, *Costs in Arbitration Proceedings* (London: Lloyd's of London Press, 1995), 67.
- 188) Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 252.
- 189) The situation might be different if a party could show that they had to engage in such an arrangement as the breach caused them severe cash-flow problems such that they could not fund their own arbitration, but that would be a matter of proof and causation under the applicable law.
- 190) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 219.
- 191) Daniel Wehrli, 'Contingency Fees/Pactum de Talnario "Civil Law Approach"', *ASA Bulletin* 26, no. 2 (2008): 254. Such duties are discussed in section 2.7.11.
- 192) Christopher Newmark, 'Controlling Time and Costs in Arbitration', in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Lawrence W. Newman & Richard D. Hill (Huntington: JurisPub, 2008), 95.
- 193) Jern-Fei Ng, 'The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration', *Arbitration* 76 (2010): 208-209.
- 194) Kaplan J in *Cannonway Consultants Ltd v. Kenworth Engineering Ltd* (1994) ADRLJ 95, held that it did not apply in arbitration. Similar obiter comments were made by Steyn LJ in *Giles v. Thompson* [1992] 3 All ER 321. A contrary view was expressed by Sir Richard Scott VC in *Bevan Ashford v. Geoff Yeandle (Contractors) Ltd (in liquidation)* [1998] 3 WLR 172 and by the Singapore Court of Appeal in *Otech Pakistan TVT Ltd v. Clough Engineering Ltd* [2006] SGCA 46. See also Riberro CJ as part of a unanimous bench of the Hong Kong Court of Final Appeal in *Unruh v. Seeberger* [2007] 2 HKLRD 414.

- 195) While this book is not concerned with a party's obligations to honour its litigation funding contracts, it would also seem that champerty and maintenance would never be needed, given that modern contract law principles such as unconscionability, conflict of interest, duress and misrepresentation would cover all legitimate policy concerns with litigation funding.
- 196) See Mark Kantor, 'Third Party Funding in International Arbitration: An Essay about New Developments', *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 24, no. 1 (2009): 44 and the articles in *Transnational Dispute Management* 8, no. 4 (2011).
- 197) ICC Final Award No. 7006 (1992), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993).
- 198) Cases concluding against this entitlement include ICC Case No. 5029 (1991), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 32; ICC Case No. 6293 (1990), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 43; *Anderson Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms*, ICC Case No. 9797 (2000), *ASA Bulletin* 18, no. 3 (2000): 514.
- 199) ICC Case No. 6564 (1993), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 46 and ICC Case No. 8787 (1997), *ASA Bulletin* 20, no. 1 (2002): 68.
- 200) ICC Case No. 6293 (1990), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 43.
- 201) John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* 21, no. 1 (1999): 44, n. 194. See also Yves Derains & Eric A. Schwartz, *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edn (The Hague: Kluwer Law International), 366.
- 202) For example it had previously been thought in Australia that there might be a problem with the professional rules proscribing fee sharing arrangements with non-lawyers if an in-house lawyer shared the recovered fee with his or her employer. That is no longer the accepted view. See *Commonwealth Bank of Australia v. Hattersley & Anor* (2001) 51 NSWLR 333.
- 203) See, e.g., ICC Case No. 6564 (1993), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 46.
- 204) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 275.
- 205) ICC Case No. 6564 of 1993, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 46.
- 206) Gillian Lemaire referred to an unpublished ICC award of 2003 which adopted this approach. See Gillian Lemaire, 'Costs in International Commercial Arbitration: The Case for Predictability', <www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2202.pdf>, 2008.
- 207) ICC Case No. 6564 of 1993, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 46.
- 208) Neil Kaplan, 'Problems at Both Ends', in *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, ed. S. Kröll et al. (Alphen aan den Rijn: Walder Wyss, 2011), 286.
- 209) See, e.g., *Ron Reisner v. Commonwealth (No 2)* [2009] FCAFC 172 (Full Court of the Federal Court of Australia).
- 210) Compare the UK position in *London Scottish Benefit Society v. Chorley, Crawford and Chester* (1884) 13 QBD 872 and the Australian High Court's decision in *Cachia v. Hanes* (1994) 179 CLR 403.
- 211) Separate opinion of Judge Holtzmann, *Sylvania Technical Systems, Inc. et al. and the Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 8 Iran-US CTR 329, 331.
- 212) David D. Carón, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 930-931.
- 213) *Piper Double Glazing Ltd v. Caulfield* (1992) 64 BLR 32.
- 214) Peter Sheridan, *Construction and Engineering Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 1999), 428.
- 215) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 215.
- 216) See, UNCITRAL Rules 2010 Art. 40; HKIAC Rules Art. 36; ACICA Rules Art. 39; SIAC Rules Art. 31.2.
- 217) ICC Case No. 5029 (1991), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993): 2; ICC Final Award No. 5759 (1989), in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 34.
- 218) See, e.g., ICC Case No. 6345 (1991) and No. 6959 (1992), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 45 and 49. Managerial time lost was successfully allowed as damages in *Tate & Lyle Feed and Distribution Ltd v. GLC* [1982] 1 WLR 149. See also *R & v. Versicherung AG v. Risk Insurance and Reinsurance Solutions & Ors* [2006] EWHC 42 and 1705 Comm.
- 219) See, e.g., Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn (Oxford: Oxford University Press, 2009), 546.
- 220) M. Bühler an& T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), 187.
- 221) Lloyd-Jacob J in *In re Mossen 's Letter Patent* [1969] 1 WLR 638. See also ICC Case No. 6293 (1990), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 4 (1993): 43.
- 222) See UNCITRAL Rules 2010 Art. 40; ACICA Rules Art. 39; Swiss Rules 2012 Art. 38.

- 223) The ICC website operates a costs calculator for ease of reference. See International Court of Arbitration, Costs Calculator, <www.iccwbo.org/court/arbitration/id4097/index.html>. The International Court of Arbitration will set the final fee and will also consider questions such as complexity, procedural stages undertaken, timeliness and general time spent.
- 224) See LCIA, 'Schedule of Arbitration Costs', <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Costs.aspx> 8 July 2011.
- 225) ICSID, 'Schedule of Fees', <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=CaseScheduled>>, 1 January 2008.
- 226) ICDR Rules Art. 32.
- 227) Emmanuel Gaillard & John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 626-627.
- 228) Permanent Court of Arbitration, 'Procedural Guidelines for Requesting Designation of an Appointing Authority', <www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1062>.
- 229) For example, ACICA Rules Art. 39(b) and (d) expressly reference business class airfares. Inferentially this would mean that first class airfares are presumptively not reasonable.
- 230) Article 22.1(h).
- 231) Article 9.
- 232) See ICC Case No. 6268 of 1990, in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration XVI* (The Hague: Kluwer Law International, 1991), 125. There, the award noted the possibility of claiming legal costs in ancillary judicial proceedings by way of damages, but the tribunal was not required to determine the issue.
- 233) David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 933.
- 234) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 215.
- 235) See, e.g., *CME Czech Republic BV and the Czech Republic*, Partial Award (ad hoc UNCITRAL proceeding, 13 September 2001) available at <<http://italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>>, paras 620-621.
- 236) Michael Bühler, 'Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview', *ASA Bulletin* 22, no. 2 (2004): 269.
- 237) David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 945.
- 238) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 214, citing ICC Case No. 5759 of 1989, in Albert Jan van den Berg, *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 34.
- 239) For this reason, the Iran-US Claims Tribunal modified Art. 38 of the UNCITRAL Rules 1976. See David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 934-935.
- 240) David D. Caron et al., *Ibid.*, 953; Alan Redfern et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 4th edn (London: Sweet & Maxwell, 2004), 406. This is also ICJ practice notwithstanding the discretion to award costs in the Statute of the International Court of Justice Art. 64.
- 241) David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 953-954.
- 242) Christoph Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd edn (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 1229.
- 243) See John Y. Gotanda, 'Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in International Arbitration', *The Villanova University School of Law Working Paper Series*, Paper 144, (2009), 20.
- 244) Stephan W. Schill, 'Arbitration Risk and Effective Compliance: Cost-Shifting in Investment Treaty Arbitration', *Journal of World Investment & Trade* (2006): 678-679.
- 245) See, e.g., *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award (26 January 2006) available at <<http://italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf>>; *EDF (Services) Ltd v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), para. 327.
- 246) See, e.g., *Glands Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL, Arbitral Award (8 June 2009) available at <www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.
- 247) See dissent of Arthur Rovine regarding costs in *EDF (Services) Ltd v. Romania*. ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), para. 9. See also Dissent of Professor Thomas Walde, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award (26 January 2006) available at <<http://italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf>> Another recent case arguing that costs should follow the event in investment arbitration is *Foresci et al. v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AS)/07/1 Award 4 August 2010.

- 248) ICC Case No. 5759 of 1989, in Albert Jan van den Berg (éd.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XVIII* (The Hague: Kluwer Law International, 1993), 34; ICC Case No. 5896 (1992), *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993).
- 249) David D. Caron, Matti Pellopää & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2006), 934, citing the report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules, UNCITRAL, 9th Session, Addendum 1. (Commentary), UN Doc. A/CN.9/112/Add.I (1975).
- 250) See, e.g., SIAC Rules Art. 30; ICC Rules 2012 Art. 36; Swiss Rules 2012 Art. 41; SCC Rules Art. 45.
- 251) See, e.g., ICC Rules 2012 Art. 37(3).
- 252) As noted above, the latter is complicated by the fact that the order for production of documents may have been made after an application to the tribunal.
- 253) M. Bühler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), 186.
- 254) Charles Price & Yves Stans, 'Using Costs as a Case Management Tool in International Arbitration', *ASA Bulletin* 25, no. 4 (2007): 714.
- 255) M. Bühler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell, 2005), 184.
- 256) Bernard Hanotiau, 'The Parties' Costs of Arbitration', in *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, ed. Yves Derains & Richard H. Kreindler (Paris: ICC Publishing, 2006), 218.
- 257) Gerald Aksen, 'International Arbitration Knowing the Practical Differences', in *Liber Ami-corum Robert Briner: Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ed. Gerald Aksen et al. (Paris: ICC Publishing, 2005), 26.
- 258) *Ibid.*
- 259) Murray L. Smith, 'Costs in International Commercial Arbitration', *Dispute Resolution Journal* 56, no. 1 (2001): 34. But again note that some *lex arbitri* expressly allow this to be revisited, or would allow for an additional award.
- 260) Phillip Yang, 'The Organisation of International Arbitration Proceedings', in *The Asian Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Michael Pryles & Michael J. Moser (Huntington: Juris Pub, 2007).
- 261) See *Newfield Construction Ltd v. John Lawton Tomlinson* [2004] EWHC 3051 (TCC).
- 262) This is expressly provided for in the Australian International Arbitration Act 1974 s. 27. Less clear is the situation in New Zealand. See *Casata Ltd v. General Distributors Ltd* [2006] NZSC 8.

© 2020 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwerarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.

LEGAL AUTHORITY CA-134

Document information

Publication

Yearbook Commercial
Arbitration 1997 - Volume
XXII

Organization

International Court of
Arbitration of the
International Chamber of
Commerce

Case date

1994

Case number

ICC Case No. 7453

Parties

Claimant, Agent
Defendant, (1) Principal
Defendant, (2) Managing
director of principal

Key words

non-signatory to
arbitration agreement
effect on jurisdiction of
reliance on arbitration
agreement in court
proceedings
consent to joinder in
arbitration
compensatory damages for
agents under Michigan
State law
scope of Terms of
Reference
specific performance

Bibliographic reference

'Agent v Principal and
Managing director of
principal, Final Award, ICC
Case No. 7453, 1994', in
Albert Jan Van den Berg
(ed), Yearbook Commercial
Arbitration 1997 - Volume
XXII, Yearbook Commercial
Arbitration, Volume 22
(© Kluwer Law
International; ICCA &
Kluwer Law International
1997) pp. 107 - 124

Agent v Principal and Managing director of principal, Final Award, ICC Case No. 7453, 1994

Facts

The defendant, a supplier of automobile parts, contracted with claimant whereby claimant was the exclusive sales agent for first defendant's products in the United States and Canada for a period of at least five years. The contract provided that it was to be interpreted with and governed by the laws of the State of Michigan and contained an arbitration clause providing for ICC arbitration. Disputes arose when first defendant terminated the contract and, according to claimant, failed to pay commissions owed to it.

Claimant instituted court proceedings in a US District Court against first defendant and a managing director of defendant, the second defendant, alleging breach of contract, improper termination of contract and tortious interference with contractual relations and claiming damages, inter alia, for unpaid commissions. First and second defendant invoked the arbitration clause in the contract and the District Court stayed the proceedings in favour of arbitration.

In the arbitration, second defendant contested the jurisdiction of the arbitral tribunal over him, as he was not a party to the arbitration agreement. The sole arbitrator found that the fact that second defendant had invoked the arbitration agreement in the court proceedings did not amount to consent to ● arbitration. The sole arbitrator further found that although the contract had been properly terminated, claimant was entitled to damages for the unpaid commissions and compensation according to a Michigan statute (MCL Sect. 600.2961(5)(b)) assessing against a defendant an amount equal to two times the value of commissions due but intentionally not paid to a sale representative.

Excerpt**I. Jurisdiction**

[1] "It is provided in the contract and is not disputed by the parties that I have jurisdiction over claimant and first defendant.... It is, however disputed by first defendant and second defendant that I have jurisdiction over [second defendant]. I am empowered and required to decide that matter under Art. 8(3) of the Rules.

(1) The argument ... of first defendant and second defendant is [that]

'second defendant did not become party to the Arbitration clause neither in having signed the Agreement on behalf of first defendant nor in having been personally represented at the US District court for the Eastern District of Michigan in an action instituted by claimant on the ground of the Agreement. Even if the submission of second defendant's counsel in the said proceedings about the arbitrability of claimant's claim is interpreted in the meaning that second defendant would have thereby accepted the Arbitration clause, such interpretation could not make second defendant a party thereto prior to the agreement of both initial parties, first defendant and claimant too. Since first defendant has not agreed to such adherence, it should be ineluctably concluded, on the basis of the evidence available that: the Arbitrator does not have jurisdiction over second defendant....'

● [2] "... [I]n support of the Motion of second defendant to dismiss or for stay pending arbitration which was made in United States District Court, counsel for second defendant wrote 'The claim against second defendant is plainly within the scope of the Arbitration clause'. Counsel also stated 'As the sixth circuit has held in a case applying a broad arbitration clause, "the language of the arbitration agreement indicates that the parties' basic intent was to provide a *single* arbitral forum to resolve all disputes...." *Arnold v. Arnold Corp.* 920 F.2d 1269' It is important to note that the brief in question was submitted on behalf of second defendant separately; there was another brief of the same date in support of the separate motion to stay of first defendant. It is clear from second defendant's motion and the brief supporting it that second defendant was maintaining to the District Court that the claim against him was clearly within the arbitration clause and that all disputes should be resolved by a single arbitral forum. The District Court in its Order granting stay stated 'Second defendant has conceded that "the claim against second defendant is clearly within the scope of the Arbitration Clause".... Therefore this

court will grant defendant's motions for stay pending arbitration.' First defendant had made no mention to the District Court of its objection to the joinder of second defendant in a single tripartite arbitration proceeding, although second defendant, as quoted above, had actually moved for such a single proceeding.

[3] "An incongruous situation has therefore come about in which second defendant, having said to the District Court that the claim against him is within the arbitration clause, then, when that claim is duly brought against him in arbitration, maintains that the Arbitrator has no jurisdiction over him. Another party, first defendant, which was also before the same Court says that it does not consent to the arbitration initiated consequent upon the stay ordered by that very Court....

[4] "There is no doubt that second defendant was, and continues to be, a dominant influence in the affairs of first defendant. I accept his own evidence, given under cross examination by counsel for claimant, where statements such as 'You have to be aware that I am called in Germany "the First Defendant", that means it is a personification based on my position' and 'I am first defendant' were made by second defendant. He emphasized his important role in the business of the Company. I also accept the statement by counsel for first defendant and second defendant that first defendant has not passed any Board resolutions or taken any other corporate action to assent to the joinder of second defendant to arbitration in respect of the claims against him in the present case. Given second defendant's powers in, and knowledge of, first defendant's affairs and the fact that he instructed counsel, and no doubt was advised by counsel, in relation to the District Court proceedings, it is not credible that second defendant was unaware, at the time of those proceedings, ● that first defendant had not consented to the joinder of the case against him in arbitration proceedings and that first defendant did not intend to give such consent. I find that second defendant knew at the time of such proceedings that first defendant had not taken any corporate action to consent to such joinder and that he was confident that, relying on the dominance to which he testified before me, first defendant would not take any such action in the future.

[5] "The record of the District Court proceedings shows that there were two separate motions, both submitted by the same counsel, which relate, inter alia, to arbitration. The first was a motion of first defendant for stay pending arbitration and the second was a motion of second defendant to dismiss or for stay pending arbitration. The Motion of first defendant states:

'The contract contains a broad arbitration clause requiring arbitration of "all disputes arising in connection with the present contract".'

The Motion of second defendant contains identical wording.... The Motion of first defendant states at [further]:

'The Court must stay actions on an issue referable to arbitration 9 U.S.C. 3'.

The Motion of second defendant contains identical wording.

[6] "Each of counsel's briefs in support of the Motions emphasizes the wording 'all disputes arising in connection with the present contract'... and second defendant, for his part asks for a single forum. *But in spite of the reiterated assertions in each document that all claims are subject to arbitration, no effective and clear answer emerges to the question as to whether first defendant gives or will give any consent to the joinder of second defendant to the arbitration proceedings between first defendant and claimant.*

[7] "Claimant filed a concurrence to the Motions saying:

'Plaintiff ... concurs ... for the reason that defendants' motions evidence an unequivocal statement that all claims between plaintiff and defendants are subject to arbitration pursuant to the Rules of the International Chamber of Commerce.'

In the reply thereto, made on behalf of both defendants, it was stated:

'Second defendant should not be required to participate in arbitration since, as both his motions show, there is no legal or factual basis for the ● claims against him. His request for a stay is only as an alternative, should the court deny the motions to dismiss and for summary judgment'.

[8] "In the event, the Federal Court granted only the motions for stay pending arbitration. Thus it was the alternative plea which succeeded. The said reply is ambiguous for several reasons. It does not accept the terms of the claimant's concurrence, indeed it characterizes the concurrence as 'equivocal'. It is not clear whether the statement that, 'second defendant should not be required to participate in arbitration' is made on behalf of second defendant or of first defendant or of both, or whether such objection to arbitration was meant to stand in the event that the Federal Court ordered a stay rather than dismissal. There was no explicit or unequivocal statement that first defendant objected to the joinder of second defendant and that it would reiterate such objection before the arbitrator in the event that a stay was ordered. The ambiguities which I have noted laid the foundation for the objection to an arbitrator's jurisdiction over second defendant for the reasons which have now been advanced before me.

[9] "Counsel for claimant invited me to find that there was a contract entered into by first defendant and second defendant with claimant that the claim against second defendant should be arbitrated:

'There was an offer presented to the Federal Court but also presented to claimant in the form of a motion. A motion is a request for the entry of an order to the Court. And it is also under our Michigan State practice an offer to stipulate to the entry of an order, an offer to agree to an order. We accepted it expressly. It was in writing, and there was consideration that was present in the form of claimant's forbearance to continue to pursue the judicial form in favour of the arbitrable and that first defendant company joined in that motion by its joint filing.'

That argument, which implies ... that there was an executory contract between first defendant and claimant obligating first defendant to take such steps as might be necessary for first defendant, a German corporation, to assent to the joinder of second defendant in a tripartite arbitration is examined below. But, at this point, it is necessary to note, as a fact, that such obligation, if any, was never performed and first defendant's consent to the joinder was never perfected by appropriate corporate action. First defendant now explicitly denies such consent. First defendant has not pleaded any reason in those proceedings for its failure to give a proper consent and it must be concluded that its purpose was and is to frustrate the resolution of the claim against second defendant in this arbitration. ●

[10] "It is now necessary to apply the law to the facts as found. It is a fundamental principle that any arbitration must be founded on the consent of all the parties thereto and the consent must be recognized as such by law. Especially in an international arbitration, such as this, the consent of each party must be unambiguously demonstrable if any resulting Award is to be safely enforceable. (*S.P.P. (Middle East) Ltd. and Southern Pacific Properties Ltd. v. The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels* (1984) IX Yearbook Commercial Arbitration and (1984) 23 ILM 1048). Consent here falls to be tested by the law governing the agreement to arbitrate which, *I hold*, is the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. 1 et seq. The contract between claimant and first defendant was a 'contract evidencing a transaction involving commerce' (9 U.S.C. 2) and 'commerce' includes interstate and foreign commerce. *I also hold* that Federal Law governs the arbitration even though the contract contains a State choice of law provision. State law governs the substantive law of the contract but the arbitration clause is autonomous.

[11] "There are two ways in which the indispensable consent of each one of the three parties to arbitration involving second defendant may have arisen here. The first is by way of consents which may be inferred from the pleadings and briefs in the District Court proceedings, as has been urged by counsel for claimant. The second is a consequence of the policy of the Federal Law in favour of arbitration, which policy, Counsel for claimant and first defendant in the District Court said was demonstrated by the Federal Arbitration Act and by the authorities which he cited there, which, in certain circumstances, would permit the joinder of parties who were not signatory to the arbitration agreement.

[12] "In considering the first such possible mode of consent it is appropriate to quote the second section of the Act (9 U.S.C. 2)

'A written provision in ... a contract ... to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract ... or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy ... shall be valid, irrevocable, and enforceable, *save upon such grounds as exist in law or in equity for the revocation of any contract.*' (emphasis added)

Here, Counsel for claimant says that the pleadings and briefs amount to an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy, namely, the claim against second defendant. I have found that those documents were ambiguous as to whether first defendant consented to the joinder of second defendant. Further, I have found that second defendant must have known that first defendant did not, and would not, give its indispensable consent to his ● joinder as a party to arbitration. It follows that any offers made by second defendant that the claim against him should be subject to arbitration were a nullity because they were incapable of being given effect. (This is, effectively, what was pleaded by counsel for first defendant and second defendant herein). *I find* that any consent or concurrence by claimant to arbitration against second defendant was void. Claimant was mistaken in believing that the offers were valid and capable of acceptance so as to form a contract and such mistake was induced by the actions and omissions of the other two parties. The matter therefore falls within the emphasised passage from 9 U.S.C. 2 quoted above. The contract arising from the pleadings in Federal Court to arbitrate the claims against second defendant, if it ever existed, is revocable within the meaning of that passage.

[13] "I make that finding with the greatest deference to the District Court which, in its Order denying Plaintiff's Motion for Reconsideration said 'Plaintiff had ample opportunity to determine defendants' reasons for seeking arbitration. Such determinations could

have been made with minimal investigation and would have informed plaintiff that its decision not to concur with defendants' motion was without merit.'The District Court was there looking at a situation predating the explicit concurrence of claimant to arbitration and the court assumed that the defendants were seeking arbitration in respect of second defendant. The true nature of the strategy of first defendant was not revealed until after the close of the District Court proceedings and the commencement of this arbitration.

[14] "Turning now to the second possible mode of consent; it has been said to follow from the Federal Law's policy in favour of arbitration and from the arbitration clause in the contract between first defendant and claimant. There is no doubt that that clause, as it affects first defendant and claimant, is valid. Second defendant was not a signatory to the clause in his personal capacity but that, in itself, according to the authorities, need not necessarily be fatal to the establishment of arbitral jurisdiction over second defendant. However, such authorities must be considered in the light of the facts as they are now found.

[15] "Counsel for second defendant in Federal Court cited several cases which, he said, manifested a strong Federal Policy favouring arbitration agreements, in particular he quoted from *Moses H. Cohn Memorial Hospital v. Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. at 24-25: 'any doubts concerning the scope of arbitral issues should be resolved in favour of arbitration'. Again, he found the language of the Court in *Arnold* (cited above) to be applicable to this case which, he said, has like *Arnold* a broad arbitration clause: 'the language of the arbitration agreement indicates that the parties' basic intent was to provide a single arbitral forum to resolve all disputes'. I have previously noted first defendant's opposition to a single forum. The case was also cited ● as authority for the proposition that non-signatories of an arbitration agreement could be included in arbitration.

[16] "I hold that *Arnold* does not compel arbitration involving second defendant in the circumstances which have been revealed since the Federal Court proceedings. This holding follows from the decisions of the *Arnold* Court in point which are set out at IV on page 1281 of the report. The Court defined it as its task to '... finally decide whether the nonsignatory defendants are entitled to arbitration as agents of the defendant'(emphasis added). The ratio in deciding that such entitlement existed was that 'if the appellant can avoid the practical consequences of an agreement to arbitrate by naming nonsignatory parties as defendants in his complaint ... the rule requiring arbitration would, in effect, be nullified'. But in this case second defendant seeks no such entitlement. He now pleads that he is not subject to the arbitrator. First defendant says it never consented to arbitration involving him. It is clear that *Arnold* relates only to situations where the benefit of arbitration is actively sought by nonsignatory parties. 'We believe that *Arnold* Corporation is entitled to have the entire dispute arbitrated, where, as here, the individual defendants ... wish to submit to arbitration'. (ibid. at p. 1282, emphasis added). *Arnold* and the cases cited therein show clearly that the doctrine that nonsignatories may be involved as third parties in arbitration is a shield for those willing to submit to that process; it is not an engine to compel arbitration when the essential basis of mutual consent has been destroyed as was the consequence of first defendant's action or subsequent inaction in this case.

[17] "A more recent case has recognized that *Arnold* applies to willing non-signatories only. 'The court further held, when the nonsignatory parties are willing to submit to arbitration, the case should be arbitrated'*South Carolina Public Service Authority v. Great Western Coal and others*, 437 S.E.2d 22, 1993 S.C. Further, many of the cases cited in this context in the Brief arise from disputes involving brokers and finance houses and their employees who sought the benefit of an arbitration clause in the standard form agreement between their employer and a client - these do not resemble the present commercial case where a dominant Managing Director sought to avoid litigation which had been brought against him. *Cohn* may also be distinguished because the question here is not whether the issue involved in the claim against second defendant is within the potential scope of an arbitral process but rather, whether the essential consensual basis for arbitration exists.

[18] "The same distinction applies to *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 64 (2) and *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 ● U.S. 220, 226 (1987), (3) also cited, as showing a strong Federal policy in favour of resolution by arbitration. In each one of those cases, the central issue was the nature of the issues which might be decided by arbitration and not, as here, the extent to which nonsignatories of the arbitration clause might be bound, the ambit of the Federal Arbitration Act and the force of the exception at the end of its second section.

[19] "I hold that the policy of the Federal Law in favour of arbitration does not require the arbitration of the claims against second defendant herein.

[20] "It was open to first defendant and second defendant to clarify their positions at the time of the Federal Court pleadings, on a mistaken view of which, induced by them, claimant concurred in arbitration involving second defendant. Second defendant explicitly moved the District Court for a stay in favour of a single tripartite arbitration. In the absence, therefore, of a new submission agreement, it would not be equitable for claimant (if it wishes to pursue the claim against second defendant) to suffer the further

delay which would be caused by the institution now, of a bipartite arbitration between him and claimant.” (....)

II. Damages

[21] The sole arbitrator then determined that first defendant had properly terminated the contract, and that claimant had no duty to continue servicing first defendant post termination. Furthermore, the deductions made by first defendant from commission due to claimant, purportedly due to claimant's failure to service, were wrongful and constituted a breach of contract by first defendant.

(....)

[22] “Claimant claims damages under [Michigan Act 600.2961 (the Act)]. First defendant contends that such damages are not available to claimant in this case as being punitive and that, in any event, they cannot be awarded because they are outside the Terms of Reference. The Act came into force on 29 June 1992. The question of its applicability in this case raises several points which require analysis.

[23] “There is no doubt that claimant is a ‘Sales Representative’ and that first defendant is a ‘Principal’ and that claimant was remunerated by ‘Commission’, all as defined in [subsection] (1) of the Act. Subsection (4) states that all commissions that are due at the time of termination of a contract between a ● sales representative and a principal shall be paid within 45 days after the date of termination. Commissions that become due after the termination date shall be paid within 45 days after the date of which the commission became due. Subsection (5) then goes on to impose a double liability on a principal who fails to comply. Under 5(a) he is to pay actual damages caused by the failure to pay the commissions when due. Under 5(b), if the principal is found intentionally to have failed to pay the commission when due, he is to pay ‘an amount equal to two times the amount of commissions due but not paid as required by this section or \$ 100,000, whichever is less’. (6) requires payment of reasonable attorney's fees and costs to the prevailing party.

[24] “It is necessary for me to decide the nature of the double liability under subsection (5). There are no reported cases on the Act (although, in his closing oral submissions, counsel for claimant mentioned two cases recently before the local courts to which I shall refer later). In the circumstances, I hold that I may refer to legislative history as shown in documents issued by or to the Legislature or Executive which throw light on the purpose and policy of the Act. First defendant has submitted three such documents in its folder of authorities. They are a letter from the Governor of the State dated 15 July 1991 (the Governor's Letter), the Senate staff analysis of the Bill which was passed into law as the Act (the Senate Analysis) and a similar House analysis (the House Analysis).

[25] “Claimant has referred to *Wyandotte Savings Bank v. State Banking Commissioner*, 347 Michigan Reports, 33 (1956) and to *Kassab v. Acho*, 125 Mich App, 442 (1983) which relate to the interpretation I first brought to the attention of counsel at the London hearings on 18 March 1993 inviting counsel for first defendant to obtain US legal assistance. The most helpful citation for my purposes here is from *Kassab*.

‘To resolve a perceived ambiguity, a court will look to the object of the statute or rule, the evil or mischief which it is designated to remedy and will apply a reasonable construction which best accomplishes the purpose of the statute or rule.’

In my view, there is an ambiguity in the Act in the context in which I must apply it, namely, whether the provision under 5(b) is punitive, as maintained by first defendant or remedial, as maintained by claimant or whether it may have other attributes. The Governor's letter, which, I infer from the three documents, dealt with earlier proposed legislation on the same subject as the Act (which earlier Bill he vetoed for the reasons which he states), acknowledges that that legislation addressed an ‘undefensible business practice’. The Senate analysis and the House analysis make clear what that practice was. ● It was the practice of principals, upon the termination of an agency contract and thereafter, to withhold from the former agent commission which was due under the contract. To recover such commission the agent, under the former law, would have to resort to the courts, often outside Michigan. Both analyses emphasise the economic disadvantage of the agent in those circumstances and both specifically refer to the dependence, even heavy dependence, of the agents on commissions for income. In my view, such withholding and the consequent wrong to the agents is the mischief with which the Act is meant to deal.

[26] “The Act mandates two consequences (payment of attorney's fees apart). First the payment of actual damages under 5(a) and then the payment of double damages under 5(b). Dealing first with 5(a), I think that it must mean (i) damages arising naturally from the breach of the contract itself (in this case the unpaid commissions) and (ii) such damages as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of the principal and agent at the time they made the contract as the probable result of the breach. Point (ii) of that proposition limits the category of damages which may be claimed to specific and provable losses. That is consistent with the definitions of Professor Stockmeyer quoted by claimant in its list of authorities. But in the context of the termination of an agency, there may be other losses which are inevitable but are

difficult to prove as specific foreseeable items. It is here that 5(b) comes into play. The analyses mention the dependence of the agent on commission income; it must be inferred that the dependence includes dependence on commissions for the purpose of maintaining and developing the agent's business (e.g., retaining the sales force, searching for new or replacement business, defence of business reputation, deprivation of ability or opportunity to take new agencies, etc.). That wider category of loss or of business disadvantage consequent on the withholding of commissions due would not, in many cases, be recoverable under the normal rules for the ascertainment of damages for breach of contract which the law, previous to the Act, allowed.

[27] "The Governor, in his letter, which contained a veto of an earlier Bill, expressed a view 'that it would be unwise to create a statutory cause of action designed to benefit a particular business relationship that already has access to a judicial remedy through the general principles of contract law'. It is significant that the veto was not repeated in the case of the Bill which resulted in the Act, which is an amendment of the Revised Judicature Act in accordance with the Governor's wishes and that, essentially, the wider category of cause of action remains in the Act. The Governor must have withdrawn his earlier objection, perhaps in return for the 'intentionality' defence which was incorporated in the Act and which is discussed below. The Legislature determined that the wider category of remedy beyond the 'judicial remedy through the general principles of contract' should remain. ●

[28] "Since the dispute herein is between parties of different nationality, it is appropriate to examine the effect of the Act from a Private International Law standpoint and especially from two aspects, first, the national contacts of the contract, the breach of which by first defendant has given rise to the claim under the Act and, second, the proportionality or appropriateness of the remedies appointed under the Act.

[29] "In considering the contract, it is important first to notice that one is dealing specifically with contractual obligations voluntarily assumed by the parties, and not with obligations in tort or delict which are imposed on the parties by law independently of agreement. The parties agreed that the contract should be governed by the Laws of the State of Michigan and thus that the remedies for breach given by those Laws should be available and, likewise, where those laws required or necessitated the application of the Laws of the United States (as, for instance, in the arbitration clause) then Federal Law should apply. But choice of law does not exhaust the category of contacts. The contract was overwhelmingly to be performed in Michigan. Claimant's duties thereunder, as I have found, were to act as technical sales agent and to establish and develop close relations with Y by visits and design conferences which, at times, must have taken place almost daily. In these activities staff from first defendant in Germany who had flown over for the purpose frequently participated. Second defendant himself, as has been shown by the travel expense accounts presented to me in evidence, was a frequent visitor. Commission was to be 'convertible to and payable in US funds' and the Territory of the contract was Canada and the United States. It is instructive to note that an early draft of the contract specified German Law. In its reply claimant referred to the many contacts with the United States and insisted on the Law of Michigan. In its reply, first defendant accepted the choice of Michigan Law but required an arbitration clause stipulating ICC arbitration in the form which was, in the event, adopted. If first defendant imagined that, by stipulating for dispute resolution by the ICC, the effect of the choice of law clause would be modified, it was mistaken. By reason of the foregoing I hold that, for the purposes of Private International Law, the connection of the contract was overwhelmingly with Michigan.

[30] "The proportionality or appropriateness of the remedies appointed by the Act can be considered by reference to the economic background to which reference was made in the legislative history which has already been quoted above. Many jurisdictions take the view that a sales agent, such as claimant, needs protection from the arbitrary actions of principals, especially at the time of termination of the agency. The theory is that an agent, by the successful performance of its obligations, builds up a body of goodwill for the principal and that the agent is entitled to some compensation at termination for the ● value of that asset. This is frequently provided by statute. Thus, in Germany, the Commercial Code provides in Sect. 89(b) (HGB (8) Anhang p. 1430) for such appropriate (*angemessen*) compensation, the maximum of which is to be measured by reference to the average annual commission earned over the five years preceding termination. The right to such compensation may not be excluded in a contract of agency and it has been extended, by analogy, to distributors. In Michigan, another means to the same end has been adopted by requiring, in 5(b) of the Act, the payment of a multiple of damages. This is in conformity with the American practice in formulating legal remedies in cases where economic oppression or the illegitimate exercise of economic power may be involved. The best known examples are in the fields of Anti Trust and RICO. The State and Federal legislatures have recognized that, in such cases, the ascertainment of damages in accordance with pre-existing common law principles would be inadequate or burdensome for the plaintiff and that 'treble damages' are just and appropriate compensation. To provide for an exact quantification of loss by detailed accounting would defeat the intent of the law (which in the Michigan legislative history is expressed as the need not to impose on the agent a requirement to resort to litigation to prove damage (Senate Analysis and House Analysis pages 1, first paragraph)). Thus, in Michigan,

a multiple of damages is required while, in Germany, a sum determined by reference to past commissions is payable. *I hold* that the remedy of the agent under Sect. 5(b) of the Act is proportional and appropriate and that first defendant, because of the close connection of the contract with the US has chosen to be subject to US remedies.

[31] “Turning now to further analysis of the Act from a domestic US point of view, the legislative history does refer to the deterrent effect of the Act; there is nothing in that word itself to imply a penal sanction - for example, the prospect of the award of damages for breach under the normal law of contract is, itself, a deterrent.

[32] “The arguments in favour of the view that the Act is compensatory in effect do not, however, exhaust its purpose. In the first place 5(b) requires that, before it should apply, the failure to pay the commission should be ‘intentional’. If the Act had been intended to be wholly remedial for each and every instance of failure to pay commission due, that condition would have been irrelevant. An agent can suffer loss by a non payment of commissions which is accidental or the result of (non culpable) inefficiency of the principal as much as by intentional withholding. It may be that the purpose of that condition is to provide a defence for an innocent principal to the application of the new remedy. Secondly, the Senate and House analyses do use the word ‘penalties’, but only in reference to lobby representations or suggestions which were made by interested parties or pressure groups to the legislature (end of the ● respective first paragraphs). Such suggestions would not have made nice distinctions in the use of language and it does not follow that what the legislature actually enacted may be so characterized. Further, ‘penalty’ applies preeminently to the type of sanction imposed by the criminal law in which fines are paid to the State and not to the party who is wronged by the criminal act.

[33] “Taking all of the above into consideration, *I find and hold*, that the Act is compensatory in its intent and effect and that the provision of a new remedy for breach under 5(b) was the main purpose of the legislature, but also that the legislature recognized that the remedy could, as a secondary effect, work as a deterrent, perhaps leading to a diminution of the mischief which it had identified. It further introduces a special defence for the principal who could prove that a withholding was not intentional. (...)

[34] “I must examine whether the withholding of the commissions by first defendant was ‘intentional’. I have no doubt that it was. I accept the unchallenged evidence that the accounts department of first defendant was instructed by higher management to make the deductions which were made and that higher management consciously and deliberately gave such instructions.... [F]irst defendant states that [it] made such deductions in good faith. I cannot agree. First defendant may have had a self consciousness of its own rectitude but that perception was not justified. It is recognized in all legal systems that there is a degree of carelessness and blindness to the rights of others which disqualifies a party from claiming successfully that it acted in good faith. As I have found, the plain words of the contract which first defendant signed with claimant make it abundantly clear that claimant had no obligation to service orders after termination of the contract. There is no evidence before me that first defendant took competent local legal advice at the time it made the decision to deduct or, if it did, that management took any notice of it.... I find that the withholdings from commissions made by first defendant were intentional for the purposes of the Act.”

III. Terms of Reference

[35] “The foregoing preliminary findings establish that I may apply the Act in this case, but there are two jurisdictional matters that must be disposed of before doing so. The first is clear and *I find* that the Arbitration Clause ... is sufficiently wide to give me jurisdiction over disputes between the parties about the application of the Act. The second relates to the contention of first defendant that the application of the Act is not within the Terms of Reference. ●

[36] “Claimant first asserted that, in determining the damages due to [it], the Act must be applied to increase the quantum of such damages in respect of each due but unpaid commission payment and to mandate the payment of attorney's fees and expenses.... The foundation of my jurisdiction is the original agreement of the parties. In this case that agreement is contained in the contract.... [T]he parties agreed that ‘this agreement shall be interpreted in accordance with and governed by the laws of the State of Michigan’. The Act was passed and promulgated as one of the laws of the State of Michigan. If first defendant were correct therefore, one should, in construing the Terms of Reference, find clear language which would be apt to exclude the operation of any of such laws as the Act, which give statutory remedies for breach of certain contracts. There is no such language.

[37] “I have found the Act to be primarily compensatory and the relevant claim in the Terms, the third claim, merely asserts that claimant has suffered monetary damages as a result of failures to pay and improper deductions. In the section of the Terms on reliefs and remedies it is stated, with respect to the third claim, that the amount is *estimated* (emphasis added) and the same section under ‘Other Relief’ prays for such other relief as may be within the authority of the Arbitrator and as may be justified. I have held that relief under the Act is within my authority; I consider below how much it is justified. It is

to be noted that the operation of the Act depends on the existence of a breach of contract and, therefore, first defendant has not, because of the Act, been faced, since it signed the Terms, with any new evidentiary requirement nor has it had to consider any new theory of liability. Finally, I have been guided in my decision that damages under 5(b) are within the Terms by *Carte Blanche (Singapore) PTE Ltd. v. Carte Blanche International, Ltd.*, 683 F. Supp. 945 (S.D.N.Y. 1988) in which a US court dealt with and rejected a contention about the Terms similar to the one first defendant is making here. That case is cited immediately following the passage in Craig Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (2nd Ed. p. 255) to which I made reference during the proceedings and which states at the third paragraph:

‘To say that new claims may not be made (without the consent of the other party) after the Terms of Reference have entered into effect is not to say that new calculations of damages or new theories of quantification may not be subsequently introduced. The Terms of Reference, after all, enter into effect at an early stage of the proceedings, usually long before a detailed economic analysis has been made of the consequences of breach and before experts have been consulted. Claimants, to be sure, are well advised to ensure that their claims, as restated in the Terms of Reference, are in general terms and refer to general theories of recovery, ● with amounts claimed as damages carefully designated as “estimates” or “provisional estimates”. Failure to do so is not ordinarily fatal. New evidence, and new quantification, of damages does not constitute a new claim.’

(...)

[38] “I find and hold that the application of the Act is within the Terms of Reference.” After calculating the sum of the damages under 5(b) of the Act, the arbitrator turned to the question of equitable relief.

IV. Equitable Relief

[39] “Claimant claims that first defendant has failed to provide it with copies of purchase orders and other documentation as required under the contract and that it is likely that first defendant will continue with such failure and that first defendant is likely to continue to make unjustified deductions from commissions due in the future and prays for Orders enjoining first defendant from such failure and from making such deductions. First defendant admits that said documentation was not provided in a timely fashion in accordance with the contract following termination but gives as an excuse the disruption to its administration caused by termination and it claims that the deductions were and will continue to be, justified.

[40] “In considering this claim, the first point to which I must address myself is whether I have the jurisdiction and power to grant the equitable relief which is requested. ... [T]he contract states that: ‘All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled ... by one ... arbitrator....’ There is, unquestionably, a dispute as to the payment of commission and as to the items on which the commission is payable. I have awarded damages to claimant in respect of first defendant’s breach of contract computed until the latest periods covered by claimant’s [document], but, under the contract, the obligation to pay commission will continue beyond that date and into the future. First defendant has denied that it is bound to perform that obligation in full on several grounds both as to the past and as to the future. I find therefore that the arbitration clause requires that I consider what relief may be appropriate for the future as well as granting damages in respect of the past and I find that the clause empowers me to do so: otherwise I would not be ‘finally settling all disputes’. In reaching that conclusion I am supported by the authorities cited by claimant. In particular I am impressed by the dictum in *Ruppert v. Egelhofer*, 3 N.Y.2d 576, 148 N.E.2d 179 (1958): ‘traditionally, ● arbitrators have been licensed to direct such conduct of the parties as is necessary to the settlement of the matters in dispute’.

(...)

[41] “I have found that claimant had no obligation to service after termination of the contract and I find that there is nothing in claimant’s conduct which would prevent its being granted equitable relief. I have found that first defendant chose to make deductions from commissions due and that it did so wrongfully and intentionally without regard to the rights of claimant under the contract. There is, accordingly, a serious risk that a remedy in damages alone will not be adequate in this case and that claimant, in the absence of equitable relief, may be forced to resort again, perhaps more than once, to arbitration to obtain its due under the contract. I find that claimant should be granted equitable relief and I now go on to consider the appropriate scope thereof.”

[42] After examining the documentary evidence, the arbitrator ordered specific performance in the following terms:

“first defendant shall specifically perform all the terms of the Contract remaining to be performed by it including:

1.

‘Performance of first defendant’s obligations under Clause ... of the

contract by providing, not later than the fifteenth day of the month following the month in which shipment of any order is made by first defendant, copies of all purchase orders, acceptances and invoices for products (as defined in the contract) sold in the territory (as defined in the agreement).

2.

Payment of all commissions due to claimant, without offset of any kind ... not later than the fifteenth day of the month following the month in which shipment is made of any order of products in the territory and specifically including the following products....'

”

(....)

V. Interest

[43] “*I find* that the question is a matter of substantive law and that the law in question is the Law of Michigan. First defendant has produced precedents which say that a party, by opting for the resolution of a dispute by an arbitrator, has foregone the benefit of a Michigan Statute under which a judge, and a judge only has the power to award prejudgment interest. I do not accept that argument. What I think was established by claimant was that there is, in ● Michigan, as in England, a Common Law power to award preaward interest as an item of damages. I also accept that an argument in the Michigan Courts, if presented today, that a party had foregone a possible remedy by choosing arbitration rather than litigation would meet resistance from the Bench. It remains to decide whether the item of damages in question could have been within the contemplation of the parties when making the contract so as to characterise it as analogous to special damages. *I find* as between businessmen, such as the principal and agent here, that it would be well understood that the late payment of commission would lead to loss, being the loss on capital which might have otherwise have been productively employed. Accordingly *I find* that damages by way of interest are payable by first defendant in respect of commission paid late or not paid at all....”

VI. Costs

[44] “Both parties claim costs. Claimant has succeeded on all matters herein with the exceptions of jurisdiction over second defendant, termination of the contract and retrospectivity of damages under the Michigan Act. Claimant made reasonable offers to withdraw its claim against second defendant. First defendant's conduct herein was dilatory from the beginning until the end of the proceedings and that conduct was obstructive, and it was calculated to be obstructive, of the Tribunal in carrying out its task. Much extra and unnecessary work was caused thereby for everyone concerned. First defendant must bear and pay the entire costs of this arbitration ... and also the entire legal costs of claimant and out of pocket expenses of counsel to claimant save for a reasonable reduction from such legal costs in respect of the issues of termination of the contract and retrospectivity of the Act in which first defendant succeeded.” ●

References

1) Art. 8(3) of the ICC Rules reads:

“Should one of the parties raise one or more pleas concerning the existence or validity of the agreement to arbitrate, and should the International Court of Arbitration be satisfied of the prima facie existence of such an agreement, the Court may, without prejudice to the admissibility or merits of the plea or pleas, decide that the arbitration shall proceed. In such a case any decision as to the arbitrator's jurisdiction shall be taken by the arbitrator himself.”

2) Reported in Yearbook XI (1986) pp. 555-566 (US no. 59).

3) Reported in Yearbook XIII (1988) pp. 165-176.

© 2020 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.



Kluwer**Arbitration**

LEGAL AUTHORITY CA-135

Document information	Manufacturer v Buyer, Final Award, ICC Case No. 8486, 1996
Publication Yearbook Commercial Arbitration 1999 - Volume XXIVa	Final award in case no. 8486 of 1996
Organization International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	Facts A Dutch manufacturer and Turkish buyer contracted by means of an order confirmation for the sale of a plant for manufacturing a certain product for the Turkish market. The agreed price was for the entire installation. The order confirmation, which was on a form provided by the Dutch manufacturer, was based on the UN/ECE General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export, to which it explicitly referred both in its introductory and final sentence. The General Conditions contain, inter alia, the following provisions: “Delay in the Acceptance of the Delivery If the buyer does not accept the delivery on the contractually agreed date, he shall nonetheless proceed to make the payments on the agreed dates as if the delivery had taken place.... If the delay in the acceptance does not depend on one of the circumstances in Art. 25, the manufacturer can request the buyer in writing to accept the delivery within a given time limit. If for any reason the buyer does not comply with the request within this time limit, the manufacturer can terminate the contract with regard to the part of the ● delivery which was not accepted by a simple written communication (without judicial assistance) and claim compensation for the damages caused by the buyer's non-performance. The compensation for damages is limited to the sum indicated in the Annex under A or – if no indication has been made – to the contractual price of the relevant part of the delivery. Payment (....) If the buyer does not pay within the time limit indicated in the Annex under C, the manufacturer can terminate the contract by a simple written communication (without judicial assistance) and claim compensation for damages up to the sum mentioned in the Annex under A. Grounds for Relief The following circumstances are grounds for relief if they intervene after the conclusion of the contract and hinder its performance: labour disputes and all circumstances independent of the will of the parties, such as fire, mobilization, expropriation, embargo, prohibition to transfer currency, riots, lack of means of transportation, generalized lack of supplies, restrictions on energy. (....) Limitation of Damages If a party owes compensation for damages, this compensation shall not exceed the damage which that party could foresee at the time of concluding the contract.” The order confirmation provided for ICC arbitration and the application of Dutch law. The order further provided that the equipment was to be delivered to the buyer on the condition that the buyer had paid 5% of the sales price one year prior to delivery and had opened an irrevocable letter of credit two months before delivery Due to financial difficulties, the buyer only paid 3% of the contractual price as advance payment and did not open the letter of credit within the agreed time limit. The manufacturer offered to deliver only half of the installation. The buyer accepted the offer and the manufacturer issued an invoice for half of the original sales price. The buyer made an offer of approximately 60% of the reduced delivery price. The manufacturer refused this offer and reserved its rights under the original agreement concerning the full delivery. ● Following unsuccessful negotiations, the manufacturer commenced ICC arbitration as provided for in the contract. The manufacturer claimed an amount in payment for the part of the manufacturing system which could not be sold to other buyers as it had been made expressly for the Turkish buyer, interest and legal fees. The buyer objected that it was discharged of its obligations under the contract because of the dramatic drop in the price of the relevant product on the Turkish market, which amounted to hardship. The buyers also counterclaimed its advance payment.
Case date 1996	
Case number ICC Case No. 8486	
Parties Claimant, Manufacturer Defendant, Buyer	
Key words hardship application of national law in light of UNIDROIT Principles application of national law to international relationships termination of contract costs influenced by behaviour parties	
Publication Source Journal du droit international (1998, no. 4) pp. 1047-1052. Original in German	
Bibliographic reference 'Manufacturer v Buyer, Final Award, ICC Case No. 8486, 1996', in Albert Jan Van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1999 - Volume XXIVa, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 24 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 1999) pp. 162 - 173	

The sole arbitrator granted the claim for damages of the manufacturer, denied in part its claim for interest and denied the counterclaim filed by the defendant, which sought to recover the advance payment made to the claimant. In particular, the sole arbitrator found that the circumstances for discharge from payment due to unforeseen circumstances were not met. The mandatory provisions of Dutch law on this matter were to be applied with restraint and international contractual and arbitral practice, including the UNIDROIT Principles, were to be taken into consideration.

Excerpt

I. Valid Contract

[1] “The contract between the claimant and the defendant is valid. Contrary to the defendant's opinion, the parties did not provide that the validity of the contract depended on the defendant obtaining the necessary financing. Rather, the parties agreed, [in] the order confirmation, on a manner of payment which is customary in international relations (an advance payment and a guarantee for the manufacturer on the remaining sum by means of an irrevocable letter of credit). Further, the delivery of the equipment depended on the defendant opening a letter of credit before the agreed time.

[2] “The delivery of the equipment presupposes a valid contract. Neither the text nor the construction of the payment clause gives us reason to believe that the parties intended the opening of the letter of credit to be a condition for the validity of the contract. This would also be contradicted by the fact that the defendant made the advance payment and by the behaviour of the parties when concluding the contract. In its correspondence with the claimant..., the defendant only discussed the price requested by the claimant, apparently assuming that the contract was valid. For this reason it made the advance payment. At that time, the defendant also assumed that there was a legally binding agreement on the sales price, as it requested that the claimant ‘adjust the price’ because of the changed circumstances on the Turkish market.... In its turn, the claimant started manufacturing the equipment after concluding the contract. From its behaviour too it undoubtedly appears that the contract with the defendant was originally valid.”

II. Hardship

[3] “The circumstances alleged by the defendant do not allow the tribunal to discharge the defendant from its obligation to pay on the ground of unforeseen circumstances (*onvoorziene omstandigheden*) in the sense of Art. 6:258 of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek, BW*). (1)

[4] “The provisions of the Dutch Civil Code, being the law of the manufacturer, apply to the contract by virtue of Art. 13(3) first sentence of the ICC Arbitration Rules (2) together with Clause [28] of the General Conditions. [The application of Dutch law] also ensues from Art. 13(3) second sentence of the ICC Arbitration Rules together with Art. 187(1) second alternative of the Swiss Federal Act on Private International Law (PILA). (3) The Swiss PILA applies to the present arbitration by virtue of its Art. 176(1) because Zurich, (4) Switzerland, was indicated as the seat of the arbitration by the ICC and both parties have their seat outside Switzerland. (4) Further, the claimant, being the manufacturer, performed the characteristic performance of the contract; hence, the dispute has its closest connection with the law of the claimant (see in general Berger, *International Economic Arbitration* (1993) p. 503 et seq.).

[5] “Art. 6:258 applies here even if the parties agreed on specific ‘grounds for discharge’ in Clause 25 of the General Conditions, as, according to Art. 6:250 BW, the parties may not derogate contractually from [Art. 6:258], which must be applied mandatorily (see Nieuwenhuis/Stolker/Valk, *Burgerlijk Wetboek*, 2nd ed. (1994), Books 3, 5 and 6, Art. 258, note 1).

[6] “However, the conditions of [Art. 6:258] are not met in the present case. We start from the premise that [Art. 6:258] must be applied with the utmost restraint because, among others, it is a special rule with respect to the general possibility, under Art. 6:248(2) together with Art. 3:12 of the Dutch Civil Code, to consider certain contractual provisions inapplicable on grounds of reasonableness and fairness (*redelijkheid en billijkheid*) in certain circumstances (see, on the *lex specialis* character of Art. 6:258, Nieuwenhuis/Stolker/Valk, op. cit.). (5)

[7] “In Dutch national legal practice, the general provision [of Art. 6:248 BW] is applied with the utmost restraint (see Nieuwenhuis/Stolker/Valk, *Burgerlijk Wetboek*, op. cit., Art. 248, note 4). According to Art. 3:12 BW, ‘Dutch common opinion of law’ is the determining factor in the first place; it is replaced by the common opinion in international contract law when the provision is applied in an international context. Both are influenced in a (6) decisive manner by the principle of contractual good faith (*pacta sunt servanda*) expressed in Art. 1.3 of the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (6) (see UNIDROIT, ed., *Principles of International Commercial Contracts* (1994) p. 4; see also Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International* (1965) p. 442; Paulsson, ‘La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage CCI’, *Revue de l'Arbitrage* (1990) p. 55, 82 et seq.; ICC Award No. 4972, in Jarvin/Derains/Arnaldez, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards* (1994) p. 380,

383; ICC Award No. 5485, *Yearbook Commercial Arbitration* XIV (1989) p. 156, 168; ICC Award No. 5953, *Clunet* (1990) p. 1056). This common opinion of law must also be taken into account for the application of national law to international relationships (see Berger, *Formalisierte oder 'schleichende' Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts* (1996) p. 174 et seq.). The necessity and admissibility of the interpretation of national law in the light of the UNIDROIT Principles is also asserted especially for Dutch law (Kuijer, 'Een vergelijking van "hardship" uit de UNIDROIT-regeling met de onvoorziene omstandigheden uit artikel 6:258 van het BW', *Ars Aequi* (1996) p. 16, 19).

[8] "The same restraint should be exercised, according to the Dutch legislator, when applying the special provision of Art. 6:258 (Nieuwenhuis/Stolker/Valk, op. cit., Art. 258, note 1, with reference to the travaux préparatoires). This restraint is also in line with international contractual and arbitral practice. It is also to be taken into consideration in the context of Dutch national law (see Kuijer, op. cit., p. 20).

[9] "Hence, the termination of a contract for unforeseen circumstances ('hardship', 'clausula rebus sic stantibus') should be allowed only in truly exceptional cases (ICC Award No. 1512, in Jarvin/Derains, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards* (1990) p. 3, 4). In international commerce one must rather assume in principle that the parties take the risks of performing under and carrying out the contract upon themselves, unless a different allocation of risk is expressly provided for in the contract (ICC Award No. 1512, cited above). Art. 6.2.1 of the UNIDROIT Principles expressly provides that the mere fact that the performance of the contract entails a higher economic burden for one of the parties does not suffice to assume that there is 'hardship' (see UNIDROIT, ed., *Principles of International Commercial Contracts* (1994) ● p. 145). (7) Also the ICC Principles on 'Force Majeure and Hardship' provide that a party cannot argue that performance is impossible only because the contract happens to have become unprofitable (ICC Publication No. 421, p. 22). Accordingly, a Dutch arbitral tribunal held that a dramatic fall in the price [of a product] as well as currency fluctuations alone are not unforeseen circumstances and thus do not justify the termination of a contract. In the opinion of the arbitral tribunal, these circumstances fall rather within the risk sphere of the party concerned (Ad Hoc [NOFOTA] Award of 10 September 1975, *Yearbook II* (1977) p. 156, 158; see also ICC Award No. 3099, 3100, *Yearbook VII* (1982) p. 87, 92; Nassar, *Sanctity of Contract Revisited* (1995) p. 205).

[10] "In the present case, the defendant bases its objections to the validity of its obligation to pay on such circumstances only. This clearly appears in particular from the fax of the defendant to the claimant ..., in which the changes on the Turkish market are described in detail. The defendant referred to this description several times in the course of the correspondence preceding the arbitration as well as in this arbitration. The rising of a private manufacturing sector and the connected fall in the price [of the product] described therein, as well as the general trade situation in Turkey, only concern the economic frame of the Turkish market and thus fall within the risk sphere of the defendant.

[11] "Further, the defendant also indicated that it was aware of these commercial risks in the relevant trade.... Defendant it made clear that it was perfectly aware of the unstable commercial situation in Turkey and that it always had to consider that 'the situation ... can change suddenly'.

[12] "With respect to these unstable circumstances on the Turkish market, which were known to the defendant, it does not seem maintainable that the defendant wants to shift the commercial risks related thereto onto the claimant. Further, the claimant helped the defendant when concluding the contract, in that by [accepting] the financing clause [contained therein] it accepted a significant pre-financing risk, apparently in consideration of the good commercial relations which had existed until then between the parties. Also, during the entire proceedings the claimant has indicated its willingness ● to cooperate in an economic solution of the problem which is acceptable for the defendant.

[13] "In the light of the above situation, the circumstances raised by the defendant fall within the economic risk to be borne by the defendant, also according to the interpretation valid in international commercial relations. The arbitral tribunal may not, according to Art. 6:258(2) BW, consider them unforeseen circumstances in the sense of this provision (see also Kuijer, op. cit., p. 20)."

III. Termination of the Contract

[14] "The claimant validly terminated the contract with the defendant. We can leave aside the question whether, by its counsel's letter ..., the claimant validly terminated the contract by way of annulment (*vernietiging*) according to Art. 3:39 BW or of dissolution (*ontbinding*) according to Art. 6:267(1) BW. The parties validly derogated from these provisions of Dutch law, which law is in itself applicable (see above under [4], by [referring to] the UN/ECE 'General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export' (No. 188 A) annexed to the confirmation of order. The General Conditions give the claimant the right to terminate the contract and to claim compensation for damages.

[15] "The General Conditions are validly incorporated in the contract of the parties. Art. 6:234(1)(1) BW together with Art. 6:233(b) BW require that the party drafting [the General

Conditions] `make [the conditions] available, before or at the conclusion of the contract' to the other party, so that the other party has `the reasonable possibility to take cognizance' of the contents of these provisions. The order confirmation, which was initialled and signed by both parties and thus constitutes the proper text of the contract, contains both in its opening formula and in its concluding sentence an express reference to the General Conditions, which were also attached to the contract.

[16] "According to Clause 10.2 of the General Conditions, the claimant could, if reception of the delivery were delayed, request the defendant in writing to receive [the delivery] within an adequate time limit, and free itself from the contract at the expiry of that time limit by a simple written communication. The claimant complied with these requirements. It indicated several times to the defendant that the equipment was `at its disposal'. It was in good faith (Art. 3:11 BW) unnecessary to set a time limit, because of the defendant's final refusal to receive the delivery, contained in its fax to the claimant....

[17] "The same consequence would ensue from Clause 11.7 of the General Conditions, because the defendant had failed to make the agreed payments in ● due time, so that the claimant also had the right according to that provision to terminate the contract by a simple written notice.

[18] "The termination had future (ex nunc) effect, as the General Conditions provide that damages for non-performance, not the retroactive annulment of the contract, are the legal consequence of the termination. This ensues also from Clause 27.1 of the General Conditions. Hence, the termination of the contract does not entail the loss of the rights of the parties which arose under the contract until the termination thereof."

IV. Damages

[19] "Relying on its valid termination of the contract, the claimant claims damages from the defendant under Clause 10.2 second sentence and Clause 11.7 of the General Conditions. According to these provisions, [a party] may claim compensation of the contractual value of the part of the delivery at issue. Since the claimant, in observance of its general obligation to reduce damage (Clause 26.1 of the General Conditions), has been able to sell the standard parts of the equipment made for the defendant, its claim is limited to a compensation for the parts which are not otherwise sellable because made according to the special requirements of the defendant. According to the statement of witness A, Sales Director of the claimant, in the oral hearings, the parts concerned are especially those parts which met the specific product specifications for the Turkish market ... and thus cannot be sold on another market."

[20] The sole arbitrator found that the value of these parts was equal to the amount claimed by the claimant. He held: "These damages could be foreseen by the defendant because of Clause 26.1 of the General Conditions. Each item of the claim for damages concerns parts or tools which were part of the contract. Since the equipment would also cut the product in the size wished by the defendant, the defendant could undoubtedly foresee at the time of concluding the contract that [the equipment] was especially made [for the defendant] and that, therefore, its parts would be included in a request by the claimant for compensation of damages.

[21] "Further, the claimant claims payment of interest on the original sum until the day on which the sellable parts of the plant were sold by the claimant. From this sum, which was originally owed, we should deduct the advance payment, which the defendant undisputedly paid. The claimant can thus claim interest on the remainder only.

[22] "Interest does not run, as alleged by the claimant, from the conclusion of the contract. It ensues from the payment clause in the contract that the sales price was not yet due at the time of concluding the contract. Nor would it ● become due when the letter of credit was opened. In this case, the bank's obligation to pay depended on the suspensive condition of the submission of the necessary documents. Hence, the claimant could actually require payment, and the invoice sum would become due, only at that time. According to the payment clause, the invoice sum would become due only when the transport document were handed over, respectively 6 and 12 months after the date of expedition. However, the exact date of the expedition cannot be determined. The delivery clause in the contract provides that delivery shall take place ... on the condition that the entire advance payment is made and that the letter of credit is opened. Neither has happened. Hence, the claimant's claim for interest is not based on Clause 11.7 first sentence of the General Conditions.

[23] "However, because of the delay in the payment, the claimant has a right to interest at the legal rate according to Art. 6:119 and following together with Art. 6:81 of the Dutch Civil Code. The conditions for delay provided for in Art. 6:81 et seq. BW are met here. (8) The invoice sum was due. The defendant had not opened the letter of credit as agreed. According to Clause 10.1 of the General Conditions, the buyer shall make the agreed payments, `as if the delivery had been made' even if it does not accept the delivery at the time agreed in the contract. The parties negotiated the further development of the contract and also postponed the contractually agreed time in the sense of this provision.... This applies also to the part of the advanced payment provided for in the contract which was not paid by the defendant. In its fax of ..., the defendant finally refused to accept the entire delivery. The invoice sum was thus due at the latest at this

time. At this time there was also delay in the sense of Art. 6:81 BW. The formal notice required by 6:82 BW was superfluous here. According to Art. 6:83(c) BW, such formal request to pay is unnecessary where a communication of the debtor makes it clear to the creditor that the former will not abide by its obligation. This condition is met by the [above-mentioned] ● fax of the defendant. In this fax, the defendant not only made clear that it had not managed to open the letter of credit, so that a further discussion of the affair was useless; it also requested restitution of its advance payment and thus for the first time clearly made the claimant understand that it would no longer meet its obligations under the contract. Hence, interest starts running on the date of the fax.”

V. Counterclaim

[24] “The defendant's counterclaim is unfounded and must be denied. The claimant reduced the main sum, which it first requested, by the advance payment undisputedly paid by the defendant ... during the oral hearings and thereby renounced to the part of its claim corresponding to the advance payment. According to the general principles of arbitration law, the claimant may at any stage in the proceedings totally or partially withdraw its claim by a claim renunciation, saving its corresponding obligation to pay costs vis-à-vis the other party (Reiner, *ICC Schiedsgerichtsbarkeit* (1989) p. 240). Hence, there is no room left for the counterclaim of the defendant, which claims restitution of the advance payment.”

VI. Costs

[25] “According to Art. 20 of the ICC Rules of Arbitration, the arbitral tribunal must, together with its decision on the merits, render a decision on the costs of the arbitration and decide which party must bear these costs. According to general principles, the costs of the arbitration must be borne by the party which loses the arbitration (see Berger, *International Economic Arbitration* (1993) p. 617). In the present case the defendant loses its counterclaim, but the claimant's claim is granted only in part. Further, the claimant must pay the costs related to its partial claim renunciation to the defendant....

[26] “Nonetheless, the costs of the arbitration shall be borne totally by the defendant. According to the general principles of international arbitration law, the arbitral tribunal must take into account for its decision on costs not only the result of the proceedings but also the behaviour of the parties during the proceedings (Reiner, *op. cit.*, p. 283; Berger, *op. cit.*, p. 617). According to good faith, the parties to an international arbitration must in particular facilitate the proceedings and abstain from all delaying tactics (Berger, *op. cit.*, p. 374). The behaviour of the defendant during the entire proceedings did not ● comply with these requirements in any way. The defendant made none of the advance payments on costs which are required for the proceedings. Further, not only did it file its counterclaim belatedly, that is, only after the first draft of the terms of reference; it also refused to sign the terms of reference, which had been modified according to its wishes, notwithstanding a detailed explanation by the arbitral tribunal of the terms' meaning and legal consequences, and it did not participate in the oral hearings although it had been given sufficient notice to appear. Further, it also contributed to unnecessary delay and confusion in the proceedings by appointing counsel at the last moment, that is, after the closing of the oral hearings and shortly before the expiry of the latest time limit for a statement concerning the minutes of the hearings; compounded by counsel's renunciation to the mandate only a few days afterward. The proceedings were further complicated by the same counsel again accepting his mandate on the same day, a fact which had not been communicated to the arbitrator. For the above reasons, the defendant shall also reimburse to the claimant the advance payment on costs, which the latter paid for these proceedings.

[27] “The defendant's obligation to pay costs includes, according to Art. 20(2) of the ICC Arbitration Rules, the ‘normal legal costs incurred by the parties’. The claimant has claimed ... legal fees for.... This sum comprises counsel's fees as well as expenses and further procedural costs (translations etc.). The normality of the legal costs is defined according to the general principles of the law on the costs of arbitration. It is decisive to this aim whether the legal costs are objectively necessary and adequate with respect to the factual and legal complexity of the case, including the presumable time spent [for the proceedings]. The arbitral tribunal decides this issue at its discretion (Craig/Park/Paulsson, *ICC Arbitration*, 2nd ed. (1990) p. 338; Berger, *op. cit.*, p. 618). The legal costs claimed by the claimant appear necessary and adequate to the tribunal with respect to the legal issues raised in the proceedings and taking into account the development of the proceedings described above; they are also ‘normal’, therefore, in the sense of Art. 20(2) of the ICC Arbitration Rules. Hence, the defendant must bear them in their entirety.” ●

References

1) Art. 258 of Book 6 of the Dutch Civil Code (BW) reads:

1. "The court may, upon request of one of the parties, modify the effects of an agreement or terminate it in part or in its entirety on the basis of unforeseen circumstances of such nature that the other party may not, according to criteria of reasonableness and fairness (*redelijkheid en billijkheid*), expect the agreement to be maintained in an unmodified form. The modification or termination may be given retroactive effect.

2. The modification or termination may not be pronounced to the extent that these circumstances are to be borne by the party relying upon them, according to the nature of the agreement or commercial common opinion.

3. For the application of this Article, the party to whom a contractual right or obligation has been ceded equals a party to the contract."

2) Art. 13(3) of the 1988 ICC Rules of Conciliation and Arbitration reads:

"The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate."

3) Art. 187(1) of the Swiss Private International Law Act (PILA) reads:

"The arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the rules of law with which the case has the closest connection."

4) Art. 176 (1) of the Swiss PILA reads:

"The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is situated in Switzerland and if, at the time when the arbitration agreement was concluded, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland."

5) Art. 248(2) of Book 6 BW reads:

"A contractual provision valid between the parties does not apply to the extent that it would be unacceptable in the given circumstances according to requirements of reasonableness and fairness."

Art. 12 of Book 3 BW reads:

"In determining the requirements of reasonableness and fairness (*redelijkheid en billijkheid*), generally recognised principles of law, Dutch common opinion of law and the social and personal interests concerned in the given case must be considered."

6) Art. 1.3 of the UNIDROIT Principles reads:

"A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles."

7) Art. 6.2.1 of the UNIDROIT Principles reads:

"Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship."

8) Art. 81 of Book 6 BW reads:

“The debtor is in default for as long as he does not perform when his performance has become due and the requirements of Arts. 82 and 83 are met, unless the delay cannot be imputed to him or performance is already permanently impossible.”

Art. 82 of Book 6 BW reads:

1. “Default commences when the debtor is held in default by a written notice granting him a reasonable time to perform, and he does not perform within this time limit.

2. If the debtor's impossibility to perform is temporary or it appears from his behaviour that a notice would be useless, he can be held in default by a written communication from which it appears that he is held responsible for the lack of performance.”

© 2020 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.

LEGAL AUTHORITY CA-136

PCA Case No. 2012-12

**IN THE MATTER OF AN ARBITRATION
BEFORE A TRIBUNAL CONSTITUTED IN ACCORDANCE WITH THE AGREEMENT
BETWEEN THE GOVERNMENT OF HONG KONG AND THE GOVERNMENT OF
AUSTRALIA FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS,
SIGNED ON 15 SEPTEMBER 1993 (THE “TREATY”)**

-and-

**THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW RULES OF
ARBITRATION AS REVISED IN 2010 (“UNCITRAL RULES”)**

-between-

PHILIP MORRIS ASIA LIMITED

(“Claimant”)

-and-

THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA

(“Respondent”, and together with the Claimant, the “Parties”)

**Final Award
Regarding Costs**

ARBITRAL TRIBUNAL

Professor Karl-Heinz Böckstiegel (President)
Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler
Professor Donald M. McRae

REGISTRY

Dr. Dirk Pulkowski
Permanent Court of Arbitration

TABLE OF CONTENTS

LEGAL REPRESENTATIVES OF THE PARTIES	II
LIST OF DEFINED TERMS	V
I. INTRODUCTION.....	1
A. THE CLAIMANT	1
B. THE RESPONDENT	1
C. BACKGROUND	1
II. PROCEDURAL HISTORY	2
III. INTRODUCTION TO THE TRIBUNAL’S EXAMINATION	3
IV. ALLOCATION OF COSTS OF ARBITRATION.....	4
A. THE CLAIMANT’S REQUEST	4
B. THE RESPONDENT’S REQUEST	10
C. THE TRIBUNAL’S ANALYSIS	14
V. AMOUNTS OF COSTS CLAIMED	17
A. THE CLAIMANT’S POSITION	18
B. THE RESPONDENT’S REQUEST	18
C. THE TRIBUNAL’S ANALYSIS	23
VI. CONCLUSION.....	26
VII. INTEREST	26
VIII. DECISION.....	27

LEGAL REPRESENTATIVES OF THE PARTIES

The Claimant	Solicitors for the Claimant
<p>Philip Morris Asia Limited Level 28 Three Pacific Place 1 Queen's Road East Hong Kong</p>	<p>Dr. Stanimir A. Alexandrov Mr. James Mendenhall Ms. Marinn Carlson Sidley Austin LLP 1501 K Street NW Washington DC, 20005 United States</p> <p>E-mail: salexandrov@sidley.com jmendenhall@sidley.com mcarlson@sidley.com</p> <p>Mr. David Roney Sidley Austin LLP Rue de Lausanne 139 Sixth Floor 1202 Geneva Switzerland</p> <p>E-mail: droney@sidley.com</p>
	<p style="text-align: center;">Counsel for the Claimant</p> <p>Mr. Joe Smouha Q.C. Essex Court Chambers 24 Lincoln's Inn Fields London WC2A 3EG United Kingdom</p> <p>E-mail: jsmouha@essexcourt.net</p> <p>Mr. Salim Moollan Q.C. Essex Court Chambers 24 Lincoln's Inn Fields London WC2A 3EG United Kingdom</p> <p>E-mail: smoollan@essexcourt.net</p> <p>Mr. Christopher Young Ninian Stephen Chambers Room 3807 140 William Street Melbourne 3000 DX 90 Australia</p> <p>E-mail: chris.young@vicbar.com.au</p>

The Respondent	Solicitors for the Respondent
<p>The Commonwealth of Australia</p>	<p>Mr. Simon Daley P.S.M. Chief Solicitor (Dispute Resolution)</p> <p>Ms. Catherine Kelso</p> <p>Mr. Jonathon Hutton</p> <p>Ms. Jancis Cunliffe Australian Government Solicitor Level 42, MLC Centre 19 Martin Place Sydney NSW 2000 Australia</p> <p>E-mail: simon.daley@ags.gov.au catherine.kelso@ags.gov.au jonathon.hutton@ags.gov.au jancis.cunliffe@ags.gov.au</p>
	<p>Counsel for the Respondent</p>
	<p>Mr. Justin T. Gleeson S.C. Solicitor-General of Australia Attorney-General's Department 3-5 National Circuit Barton ACT 2600 Australia (until 6 November 2016)</p> <p>Mr. James Hutton Eleven Wentworth Chambers 11/174 Phillip Street Sydney NSW 2000 Australia</p> <p>E-mail: jhutton@wentworthchambers.com.au</p> <p>Mr. Samuel Wordsworth Q.C. Essex Court Chambers 24 Lincoln's Inn Fields London WC2A 3EG United Kingdom</p> <p>E-mail: swordsworth@essexcourt.net</p> <p>Professor Chester Brown 7 Selborne Chambers 7/174 Phillip Street Sydney NSW 2000 Australia</p> <p>E-mail: cbrown@essexcourt.net</p>

	<p>Mr. Bill Campbell Q.C. General Counsel (International Law) Office of International Law Attorney-General's Department 3-5 National Circuit Barton ACT 2600 Australia</p> <p>E-mail: bill.campbell@ag.gov.au</p>
--	---

LIST OF DEFINED TERMS

Australia	The Commonwealth of Australia
Abuse Objection	Respondent’s third preliminary objection to the Tribunal’s jurisdiction
Admission Objection	Respondent’s first preliminary objection to the Tribunal’s jurisdiction
AGD	Attorney-General’s Department
AGS	Australian Government Solicitor
BIT	Bilateral Investment Treaty (also referred to as the “Treaty”)
Claimant	Philip Morris Asia Limited, a limited liability company incorporated in accordance with the laws of Hong Kong
FIRB	Australia’s Foreign Investment Review Board
OIL	Office of International Law
Parties	The Claimant, PM Asia, and the Respondent, Australia
Plain Packaging Measures	The measures enacted by the Tobacco Plain Packaging Act 2011 and the Tobacco Plain Packaging Regulations 2011
PM Asia	Philip Morris Asia Limited, a limited liability company incorporated in accordance with the laws of Hong Kong
Respondent	The Commonwealth of Australia
Timing Objection	Respondent’s second preliminary objection to the Tribunal’s jurisdiction
TPP Act	Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Act No. 148 of 2011)
TPP Regulations	Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 (Selective Legislative Instrument 2011 No. 263)
Treaty	The Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of

Investments as signed on 15 September 1993
(also referred to as the “BIT”)

1976 Rules

The United Nations Commission on
International Trade Law Arbitration Rules
1976

2010 Rules

The United Nations Commission on
International Trade Law Arbitration Rules, as
revised in 2010

I. INTRODUCTION

A. THE CLAIMANT

1. The claimant in the present arbitration is Philip Morris Asia Limited (“**PM Asia**” or the “**Claimant**”), a limited liability company incorporated under the laws of Hong Kong pursuant to the Hong Kong Companies Ordinance on 8 November 1994,¹ with its registered address at Level 28, Three Pacific Place, 1 Queen’s Road East, Hong Kong.
2. The Claimant is represented in these proceedings by Dr. Stanimir A. Alexandrov, Mr. James Mendenhall, Ms. Marinn Carlson, and Mr. David Roney of Sidley Austin LLP; Mr. Joe Smouha Q.C. and Mr. Salim Moollan Q.C. of Essex Court Chambers; and Mr. Christopher Young of Ninian Stephen Chambers.

B. THE RESPONDENT

3. The respondent in this arbitration is the Commonwealth of Australia (“**Australia**” or the “**Respondent**”), a sovereign State.
4. The Respondent is represented by Mr. Simon Daley P.S.M., Ms. Catherine Kelso, Mr. Jonathon Hutton, and Ms. Jancis Cunliffe of the Australian Government Solicitor; Mr. Justin T. Gleeson S.C., Solicitor-General of Australia (until 6 November 2016), Mr. Bill Campbell Q.C. of the Attorney-General’s Department; Mr. James Hutton of Eleven Wentworth Chambers; Mr. Samuel Wordsworth Q.C. of Essex Court Chambers; and Professor Chester Brown of 7 Selborne Chambers.

C. BACKGROUND

5. The present Award is the second and final award in a dispute between PM Asia and Australia (together the “**Parties**”) in respect of the Respondent’s enactment and enforcement of the *Tobacco Plain Packaging Act 2011* (the “**TPP Act**”) and the implementing regulations known as the *Tobacco Plain Packaging Regulations 2011* (the “**TPP Regulations**”) (collectively the “**Plain Packaging Measures**”).
6. By Notice of Arbitration dated 21 November 2011 the Claimant had commenced arbitration in relation to this dispute pursuant to the Agreement between the Government of Hong Kong and

¹ Claimant’s Notice of Claim, para. 21.

the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments dated 15 September 1993 (the “**Treaty**” or “**BIT**”). On 17 December 2015, the Tribunal issued an **Award on Jurisdiction and Admissibility**, in which it addressed the following objections to the jurisdiction of the Tribunal and to admissibility of claims: (i) the Claimant’s investment was not legally admitted in Australia (“**Admission Objection**”); (ii) the dispute had arisen before the Claimant obtained the protection of the Treaty (“**Timing Objection**”); (iii) in any event, the commencement of the arbitration shortly after the Claimant’s restructuring constituted an abuse of rights (“**Abuse Objection**”). While the Tribunal rejected Australia’s first two preliminary objections, it upheld the third objection, concluding:

the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute.²

7. The dispositive part of the Award on Jurisdiction and Admissibility reads as follows:

For the reasons set out above in this Award, the Tribunal unanimously decides, declares, and awards as follows:

- I. The claims raised in this arbitration are inadmissible;
- II. Therefore, the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute;
- III. Costs are reserved for a final award limited to costs.

8. It is with the question of the costs of arbitration that the Tribunal will deal in the present Final Award.

II. PROCEDURAL HISTORY

9. The Award on Jurisdiction and Admissibility recounts in detail the procedural history of the arbitration from its commencement up until the date of the issuance of that Award. The Tribunal has also issued seventeen procedural orders, each of which sets out the procedural events that are relevant to the particular decision. All of these documents have been published, in accordance with the Tribunal’s Procedural Order No. 5, on the website of the Permanent Court of Arbitration. The Tribunal therefore recalls only key developments since December 2015, when the Partial Award was issued.

10. On 28 January 2016 and 29 January 2016, in accordance with Procedural Order No. 5, the Claimant and the Respondent submitted their proposed redactions to the Award.

² Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 588.

11. On 12 February 2016, the Respondent submitted objections to several of the Claimant's proposed redactions. On 29 February 2016, the Claimant replied to the Respondent's objections and, on 7 March 2016, the Respondent submitted comments on the Claimant's reply.
12. On 12 March 2016, the Tribunal invited the Parties to submit further comments. The Respondent submitted its additional comments and the Claimant submitted its response to the Respondent's additional comments on 18 March 2016 and 25 March 2016 respectively. On 31 March 2016, the Respondent objected to certain additional redactions proposed by the Claimant.
13. On 2 May 2016, the Tribunal issued Procedural Order No. 17, in which it determined which of the redactions proposed by the Parties would be permitted in order to protect confidential information.
14. By letter dated 6 June 2016, the Tribunal invited the Parties to file submissions on costs by 1 July 2016 and comments on the opposing Party's submission on costs by 16 July 2016, unless otherwise agreed to by the Parties.
15. On 23 June 2016, the Respondent wrote to the Tribunal to inform it of an agreement between the Parties to postpone deadlines for the filing of the submissions on costs and comments on the opposing Party's submission on costs to 2 September 2016 and 16 September 2016 respectively.
16. By letter dated 23 June 2016, the Tribunal confirmed that the timetable agreed between the Parties was acceptable to the Tribunal.
17. On 2 September 2016, the Claimant submitted the **Claimant's First Submission on Costs** dated 2 September 2016. On the same date, the Respondent submitted **Australia's Submission on Costs** dated 2 September 2016.
18. On 16 September 2016, the Claimant submitted the **Claimant's Second Submission on Costs** dated 16 September 2016. On the same date, the Respondent submitted **Australia's Reply Submission on Costs** dated 16 September 2016.

III. INTRODUCTION TO THE TRIBUNAL'S EXAMINATION

19. The Tribunal has given consideration to all the extensive factual and legal arguments presented by the Parties in their submissions. The fact that a specific argument is not expressly referred to in the Award does not mean that it has not been considered; the Tribunal discusses only those submissions of the Parties which it considers most relevant for its decisions. The Tribunal's

reasons, without repeating all the arguments advanced by the Parties, address what the Tribunal considers to be the determinative factors in deciding on the Requests of the Parties.

20. The Parties have extensively referred to decisions of other tribunals. There is no dispute that in any event the decisions of other tribunals are not binding on this Tribunal. The many references by the Parties to certain arbitral decisions in their pleadings do not contradict this conclusion.
21. However, this does not preclude the Tribunal from considering arbitral decisions and the arguments of the Parties based upon them, to the extent that it may find that they shed useful light on the issues that arise for the decision in the present case. Such an examination is conducted by the Tribunal, in so far as considered relevant for the present case, later in this Decision, after the Tribunal has considered the Parties' contentions and arguments regarding the various issues raised.
22. The Tribunal will first deal with the allocation of costs claimed by the Parties. Once the respective principles, their application in the present case, and the question whether any costs have to be reimbursed by a Party to the other are determined, the Tribunal will turn in a separate section to the question whether the amount of such costs is to be considered reasonable.

IV. ALLOCATION OF COSTS OF ARBITRATION

23. The Parties are in agreement that the costs of the arbitration are to be allocated in accordance with Article 42(1) of the 2010 United Nations Commission on International Trade Law Rules on Arbitration (2010) ("**2010 Rules**"). However, the Parties disagree as to the interpretation of this provision and its application to the present proceedings. The Respondent is of the view that the Claimant has been unsuccessful in this arbitration, and that there is no reason to depart from the "loser pays" approach, in particular in the light of the Tribunal's finding on abuse of rights. Accordingly, the Respondent submits that the Claimant should pay the costs of arbitration and the costs incurred by the Respondent. The Claimant, on the other hand, submits that the loser pays approach is "readily reversible". According to the Claimant, each Party prevailed on two and lost on two of the major issues in the preliminary objections phase of the arbitration. Each Party should therefore pay its own legal fees and one-half of the arbitration costs.

A. THE CLAIMANT'S REQUEST

24. The Claimant refers to Article 42(1) of the 2010 Rules, which provides:

The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it

determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

25. The Claimant emphasizes the words “in principle”. In this regard, the Claimant refers to scholarly commentary on the UNCITRAL Rules that provides that the presumption in favour of the loser pays approach is “readily reversible” and that “the determination of whether apportionment is reasonable is subject to the arbitral tribunal’s own judgement.”³ The Claimant further notes that some tribunals operating under the UNCITRAL Rules have rejected the loser pays approach. In particular, the tribunal in *EnCana v. Ecuador* stated that the loser pays presumption is “not an inflexible rule” and ordered the prevailing party to pay the unsuccessful claimant’s arbitration costs.⁴ The Claimant notes that the Tribunal “is not bound to adopt and apply the ‘loser pays’ approach” and, instead, should apportion costs based on the circumstances of the case.⁵ The Claimant considers that relevant circumstances include the following considerations.
26. First, the Claimant contends that each of the Parties “prevailed on two, and lost on two, of the key issues before the Tribunal” and that “in broad terms, Claimant prevailed in arguing that the Tribunal had jurisdiction over the dispute, while Respondent prevailed in its admissibility objection.” The Claimant concludes that in such circumstances it is not “correct or appropriate to label one party the ‘winner’ and one party the ‘loser’.”⁶ The Claimant further argues that, in cases where each party prevails on certain issues, “tribunals should award costs in line with the proportion of issues upon which each party succeeded.” The Claimant submits that it is an approach routinely adopted by UNCITRAL tribunals and refers to *Occidental v. Ecuador*, *Les Laboratoires Servier v. Poland* and *Rurelec v. Bolivia*.⁷ Similar to these cases, the Parties in the

³ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 6, referring to David Caron and Lee Caplan, *THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: A COMMENTARY* (2013), Oxford University Press at 866 (**Exhibit CLA-292**).

⁴ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 6, referring to *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3481, UNCITRAL, Award, February 3, 2006, para. 201 (**Exhibit CLA-026**); *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits, May 24, 2007, para. 188 (**Exhibit CLA-287**); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, March 14, 2003, paras 648-649 (**Exhibit CLA-288**); *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, September 3, 2001, paras 317-319 (**Exhibit CLA-059**).

⁵ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 8.

⁶ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 9; Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 4-5.

⁷ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 9, referring to *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, UNCITRAL, Final Award, July 1, 2004, para. 216 (**Exhibit CLA-049**); *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (Redacted), February 14, 2012, paras 669-672 (**Exhibit CLA-254**); *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, UNCITRAL, Award, January 31, 2014, para. 620 (**Exhibit CLA-255**).

present arbitration had “‘mixed success’ with respect to the four major issues in dispute.”⁸ The Claimant notes that it would be “unreasonable and unjust for Claimant to be ordered to pay the costs of adducing evidence on issues unsuccessfully raised by Respondent.”⁹

27. Second, the Claimant submits that the apportionment of costs is inappropriate where counsel for the parties have acted professionally and efficiently. In this regard, the Claimant relies on *Romak v. Uzbekistan*, where the tribunal observed “a general trend” towards an equal apportionment of arbitration costs “irrespective of the outcome of the dispute.” The tribunal in that case held:

neither of the Parties has presented its case in a way justifying the shifting of arbitral costs against it. To the contrary, counsel for both Parties worked ably, diligently and efficiently in defense of their clients’ respective interests. . . . Each of the Parties shall therefore be liable to pay half of the arbitration costs. Each Party shall also bear its own costs for legal representation and other costs incurred in connection with presenting its case.¹⁰

28. The Claimant also refers to *Merrill & Ring v. Canada* and *HICEE B.V. v. Slovak Republic*, where the respective tribunals emphasized “professional competence” and “cooperation” of the parties and ruled that each party was to bear its own costs.¹¹
29. The Claimant submits that, in the present arbitration, counsel for the Claimant “worked ably, diligently and efficiently” and demonstrated “professional competence.”¹² Although Australia raised “complex, novel and difficult questions of fact and law,” the Claimant confined its submissions to a reasonable length and limited its use of witnesses and experts, which “allowed for a relatively short jurisdictional hearing.”¹³
30. In response to the Respondent’s arguments, the Claimant submits that the cases cited by the Respondent “support Claimant’s position that Respondent should not be awarded its claimed costs and fees, given that it was not fully successful in raising objections.”¹⁴

⁸ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 10.

⁹ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 10-11.

¹⁰ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 12, referring to *Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, November 26, 2009, para. 252 (**Exhibit RLA-319**).

¹¹ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 13, referring to *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, March 31, 2010, paras 270-271 (**Exhibit CLA-291**); *HICEE B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, May 23, 2011, para. 151 (**Exhibit RLA-080**).

¹² Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 14, referring to *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, March 31, 2010, paras 270-271 (**Exhibit CLA-291**); *HICEE B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, May 23, 2011, para. 151 (**Exhibit RLA-080**).

¹³ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 14.

¹⁴ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 4-5.

31. The Claimant explains that notably in *Detroit International Bridge Company v. Canada* the tribunal “rejected Canada’s request to collect all of its costs and fees” and described it as a “partially unsuccessful” party. In addition, the tribunal in this case noted that it had “nearly total discretion to allocate the costs of arbitration pursuant to Article 42(1).”¹⁵
32. The Claimant submits that other cases that are relied upon by the Respondent are “clearly distinguishable”. Thus, in *Achmea v. Slovak Republic II*, the claimant “did not succeed in establishing jurisdiction” and the tribunal awarded only a portion of the total fees claimed. In the present arbitration, according to the Claimant, it “*did* succeed in establishing the Tribunal’s jurisdiction” and the Respondent prevailed on its admissibility objection.¹⁶ As for *ICS v. Argentina* and *Gallo v. Canada*, the respondents in these cases, unlike the Respondent in this arbitration, were entirely successful and therefore, according to the Claimant, these cases are “clearly irrelevant”.¹⁷ The Claimant also notes that *Philip Morris Brands Sarl et al. v. Uruguay* does not support the Respondent’s position since the tribunal “did not award the respondent its full costs and fees.”¹⁸
33. The Claimant further argues that the Respondent cites abuse of rights cases that support the Claimant’s, rather than the Respondent’s, position. In particular, the Claimant submits that all of the awards cited by the Respondent either did not award full costs and fees to the respondent¹⁹ or awarded costs and fees to the respondent in order to sanction claimants for fraud or unprofessional conduct, which, according to the Claimant, was not present in this case.²⁰
34. In support of the latter point the Claimant submits that, in three of the cases that the Respondent “attempts to portray as abuse of right cases,” the tribunals did not find an abuse of right; instead

¹⁵ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 7-8, referring to *Detroit International Bridge Company v. Canada*, PCA Case No. 2012-25, Award on Costs, August 17, 2015, paras 48, 50-51 (**Exhibit RLA-374**).

¹⁶ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 10, referring to *Achmea B.V. v. Slovak Republic II*, Award on Jurisdiction and Admissibility, paras 288-289 (**Exhibit RLA-236**) (emphasis by the Claimant).

¹⁷ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 11, referring to *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentine Republic*, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction, February 10, 2012, paras 59-63, 326-27 (**Exhibit RLA-375**); *Vito G. Gallo v. Canada*, PCA Case No. 2008-02, Award, September 15, 2011, paras 146, 328-330 (**Exhibit CLA-196**).

¹⁸ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 12, referring to *Philip Morris Brands Sarl v. Uruguay*, Award at para. 588 (Exhibit RLA-380).

¹⁹ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 14-17, referring to *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, June 2, 2016, paras 125-127; *Renée Rose Levy and Gremcitel v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, January 9, 2015, paras 201-202.

²⁰ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 19.

those cases involved fraud, bad faith, or unprofessional conduct.²¹ In addition, the Claimant notes that in *Cementownia v. Turkey* and *Europe Cement v. Turkey* the tribunals found abuse “because the investors used forged and fraudulent documents as evidence of their purported ownership of the relevant investments”; the tribunal thus used cost allocation to sanction the claimants for their unprofessional conduct.²² According to the Claimant, it “complied with all procedural orders and conducted this arbitration in a professional manner” and “the Tribunal recognized that both Parties in this arbitration acted professionally.”²³

35. The Claimant also notes that in its first Submission on Costs the Respondent ignores *Alapi v. Turkey*, one of the cases on which the Respondent relied to make its Abuse Objection. In this case the tribunal “ordered that each Party bears its own legal expenses and that the costs of arbitration be divided equally between the Parties.”²⁴
36. The Claimant submits that the Respondent’s failed jurisdictional objections and its burdensome document requests caused both Parties to incur “substantial fees and expenses.” According to the Claimant, the Respondent’s failed jurisdictional objections were not “as closely ‘intertwined’ with its Abuse Objection”²⁵ as the Respondent suggests. In particular, the Claimant notes that “Respondent’s Admission Objection under domestic law was clearly distinct from its Abuse Objection under international law” and required the Claimant’s counsel to address not only Australian law but also “the policies and practices of the Australian Treasurer and Foreign Investment Review Board.”²⁶
37. The Claimant also asserts that the Admission Objection was “late, spurious and constantly shifting.” The Respondent introduced this objection in its Statement of Defence, “almost two

²¹ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 19, referring to *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008, paras 321-322 (**Exhibit CLA-088**); *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, July 14, 2010, paras 153-54 (**Exhibit RLA-311**); *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, December 10, 2010, paras 7.3.6-7.3.7 (**Exhibit RLA-376**).

²² Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 19, referring to *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, August 13, 2009 (“*Europe Cement v. Turkey*, Award”), para. 175 (**Exhibit CLA-158**); *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, September 17, 2009, para. 159 (**Exhibit CLA-145**).

²³ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 19.

²⁴ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 18, referring to *Alapli Elektrik B.V. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Decision on Annulment, July 10, 2014, para. 26 (**Exhibit RLA-239**).

²⁵ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 22.

²⁶ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 23.

years after Claimant submitted its Notice of Arbitration.” According to the Claimant, the Respondent “could not seriously have expected the Tribunal to find that Claimant’s investment had not been admitted.” Moreover, the Claimant notes that while in its Statement of Defence and Reply the Respondent made references to the Australian Criminal Code and “evaded the question of whether it alleged criminal wrongdoing,” at the hearing the Respondent informed the tribunal that it “did not allege any criminal wrongdoing.”²⁷

38. The Claimant notes that the Respondent’s Timing objection was similarly not as intertwined with its Abuse Objection as the Respondent contends. It related to a “distinct body of international jurisprudence on jurisdiction *ratione temporis*, which included a number of ICJ and PCIJ judgements.” Furthermore, the Respondent “submitted over 30 pages of additional argumentation devoted solely to its Timing Objection.”²⁸
39. The Claimant also argues that “it was Respondent’s burdensome document requests that resulted in substantial costs and fees for both Parties.” The Respondent, according to the Claimant, was “seek[ing] virtually the entirety of Claimant’s business records for a 13 year period,” which was “vastly overbroad and burdensome” since the relevant question was “whether Claimant controlled the Australian subsidiaries immediately before Respondent alleged that the dispute arose—not a decade earlier in 2001.”²⁹
40. In relation to its own production requests directed to the Respondent, the Claimant notes that these requests were “a result of the Admission Objection” and were directly caused by the Respondent’s decision to raise that Objection. The Claimant further submits that “the extent of the Parties’ document review relating to [the files of Australia’s Foreign Investment Review Board (“**FIRB**”)] is simply further evidence that Respondent’s Admission Objection was not ‘closely intertwined’ with its Abuse Objection.”³⁰
41. The Claimant concludes that “the most reasonable method of apportioning costs and fees is to do so equally between the Parties” and requests the Tribunal to order each party to pay its own legal fees and one-half of the arbitration costs.³¹

²⁷ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 24.

²⁸ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 25.

²⁹ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 27-28.

³⁰ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 29.

³¹ Claimant’s First Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 16-17, *see also* Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 35.

B. THE RESPONDENT'S REQUEST

42. The Respondent submits that Article 42(1) of the 2010 Rules establishes a general rule that it is for the unsuccessful party to bear the costs of arbitration and the costs incurred by the successful party. The Respondent argues that, in this arbitration, there is no reason to depart from this general rule.³²
43. The Respondent provides that the loser pays principle has been applied by many tribunals. The Respondent in particular points to *ST-AD v. Bulgaria*, where the tribunal confirmed that the UNCITRAL Rules establish “a presumption in favour of the losing party paying the costs of the arbitration.”³³ In addition, the Respondent asserts that both PM Asia’s and Australia’s submissions, exchanged prior to the Award on Jurisdiction and Admissibility, were consistent with that approach, as each Party had requested the Tribunal to award costs in its favour in the event that it prevailed in the arbitration.³⁴
44. The Respondent submits that PM Asia should be considered the “unsuccessful” party for the purposes of Article 42(1). In support, the Respondent relies on awards in which arbitral tribunals, applying the loser pays principle, held that a claimant failing to establish jurisdiction is the “unsuccessful” party.³⁵ The Respondent notes that these cases also demonstrate that the key question is “which *party* is unsuccessful, not which arguments are unsuccessful”³⁶ and that “it is this *overall* result that the Tribunal must take as a starting point.”³⁷
45. The Respondent notes that certain factors in the present case reinforce the application of the loser pays principle.³⁸ First, the Respondent points out that the Tribunal found that the initiation of the arbitration constituted an abuse of rights.³⁹ The Respondent submits that “[t]ribunals commonly enter costs awards against claimants that pursue abusive claims” and that such approach is “appropriate for obvious reasons of fairness.”⁴⁰ Second, the Respondent notes that Australia’s arguments that were dismissed by the Tribunal—the Admission Objection and the Timing

³² Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 4.

³³ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 12.

³⁴ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 12.

³⁵ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 13.

³⁶ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 13.

³⁷ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 14 (emphasis by the Respondent).

³⁸ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 16.

³⁹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 17.

⁴⁰ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 18-21.

Objection—were serious and substantial and were “closely intertwined with the abuse of right objection.”⁴¹ In particular, the Respondent notes that the factual and evidentiary analysis that Australia undertook “to demonstrate the driving motivation of the restructure” was used in both of these arguments as well as in its abuse of rights argument.⁴²

46. The Respondent asserts that the cases relied upon by the Claimant were decided under the United Nations Commission on International Trade Law Rules on Arbitration 1976 (“**1976 Rules**”), while the relevant rule in the present case is Article 42(1) of the 2010 Rules. The Respondent notes that a significant difference between these sets of Rules is that the 2010 Rules make “the apportionment of the costs of legal representation and assistance subject to the same allocation principles as all other costs.”⁴³
47. The Respondent criticizes the Claimant’s “mixed success” approach. According to the Respondent, “[t]he fact that a party may have succeeded on certain discrete issues does not prevent that party from being the ‘unsuccessful party’ within the meaning of that term in the first sentence of Article 42(1).” The Respondent asserts that “it is both legally correct and appropriate to regard PM Asia as the ‘unsuccessful party’” in the light of the Tribunal’s finding that it is precluded from exercising jurisdiction.⁴⁴
48. The Respondent disagrees that the loser pays principle in Article 42(1) is readily reversible.⁴⁵ Rather, “there must be real and substantial reasons to depart from the principle.”⁴⁶ This approach, according to the Respondent, “gives full effect to the plain meaning of Article 42(1) and is consistent with the *travaux préparatoires* for the 1976 Rules, which first included the ‘loser pays’ principle.”⁴⁷

⁴¹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 22-25.

⁴² Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 25

⁴³ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 6.

⁴⁴ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 11.

⁴⁵ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 13.

⁴⁶ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 12.

⁴⁷ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 12-19, referring to D Caron and L Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL Arbitration Rules)* (Oxford University Press, 2nd ed, 2013), p. 866 (**Exhibit RLA-372**); Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eight session (Geneva, 1-7 April 1975) (A/10017) at A/31/17, Annex II, para. 222; as quoted in Binder *UNCITRAL Commentary*, para. 42-006 (**Exhibit RLA-383**).

49. The Respondent also argues that “tribunals have been reluctant to depart from the ‘loser pays’ approach”⁴⁸ even where the applicable rules of procedure did not require the application of that principle. The Respondent refers, in this regard, to the awards in *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland* and *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*.⁴⁹
50. The Respondent emphasizes that in any event, “the reasons advanced by PM Asia do not provide a compelling basis such as to displace the ‘loser pays’ principle.” First, “mixed success” is not a significant factor in this case; rather the factor that should carry “far greater weight” is the Tribunals’ finding on abuse of rights.
51. Second, the Respondent argues that acting in a professional and efficient manner is “not in itself a reason to overturn the ‘loser pays’ principle.”⁵⁰ The Respondent refers to *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, where the tribunal noted that it “does not find [professional and efficient conduct] a decisive factor for awarding costs in deviation of the general principle.”⁵¹ The Respondent also submits that, in any case, PM Asia’s approach to bifurcation “cannot be described as efficient” and has put the Tribunal and Australia to “more effort and expense than was necessary.”⁵²
52. The Respondent argues that, even if the Tribunal were to take the above-mentioned factors into account, “other factors would lead the Tribunal to award Australia its claimed costs.”⁵³ In particular, the Tribunal’s abuse of right finding, according to the Respondent, “means that the arbitration should never have been commenced.” Furthermore, the Respondent submits that PM Asia “failed to acknowledge that many of the facts relating to Australia’s jurisdictional objections were intertwined,” while “the control argument—which PM Asia raised and on which Australia ultimately prevailed—was the only freestanding jurisdictional point.”⁵⁴

⁴⁸ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 43.

⁴⁹ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 44-45.

⁵⁰ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 28.

⁵¹ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 43, referring to *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (NAFTA Award, 26 January 2006), para. 218 (**Exhibit RLA-062**).

⁵² Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 30.

⁵³ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 33.

⁵⁴ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 34-40.

53. The Respondent further submits that PM Asia “does not refer to a single case involving a finding of abuse of right.”⁵⁵ According to the Respondent, a “substantial body of cases”, including recent awards in *Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Panama* and *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, “establish that the abusive nature of a proceeding is a factor that carries very significant weight in the allocation of costs.”⁵⁶
54. The Respondent alleges that the Claimant instead “seeks to rely on irrelevant cases.” First, according to the Respondent, PM Asia’s submission referred to four cases “as examples of tribunals reversing or ‘rejecting’ the ‘loser pays’ principle,” however each of them was decided under the 1976 Rules, each went to the merits phase and each turned on “circumstances that are quite different from those in the present case.”⁵⁷ Similarly, *Eastern Sugar v. Czech Republic*, cited by PM Asia in support of its position that “the mixed success of the parties should guide the Tribunal’s decision on apportionment of costs,” concerned only the apportionment of costs for legal representation. However, this case was determined under the 1976 Rules, which did not extend the loser pays principle to this category of costs.⁵⁸
55. Second, the Respondent argues that the Claimant cites irrelevant cases to support its statement that “tribunals ‘routinely’ apportion costs based on wins and losses on discrete arguments.”⁵⁹ None of the cases cited by the Claimant in that respect “involved a finding of abuse of right; none are examples of a claim being dismissed in its entirety at the jurisdictional phase; and all but *Guaracachi* were determined under the 1976 Rules.” The Respondent further emphasizes that *Occidental* and *Les Laboratoires* “contain only cursory analysis in relation to costs.” The Tribunal should instead rely on such cases “that have rigorously and carefully examined Article 42(1),” which, according to the Respondent, support Australia’s position.⁶⁰

⁵⁵ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 42.

⁵⁶ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 42-43, referring to *Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Panama* (ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016) (**Exhibit RLA-377**); and *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015) (**Exhibit CLA-284**).

⁵⁷ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 48.

⁵⁸ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 49.

⁵⁹ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 50-51, referring to *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004) (**Exhibit CLA-049**), *Les Laboratoires Servie, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland* (UNCITRAL, Award (Redacted), 14 February 2012) (**Exhibit CLA-254**), *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia* (PCA Case No. 2011-17, Award, 13 January 2014) (**Exhibit CLA-255**), *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia* (UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014) (**Exhibit CLA-289**).

⁶⁰ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 51.

56. Finally, the Respondent refers to *Romak* and *Merrill & Ring*, cited by the Claimant in support of the proposition that professional and efficient conduct of the parties provides a basis upon which to apportion costs evenly. The Respondent submits that these cases did not contain substantive discussion of the loser pays principle and did not involve the key factors present in the current arbitration. Moreover, in both cases, the professional and efficient conduct of the parties was “just one of a number of factors that featured in the tribunals’ analyses.”⁶¹

C. THE TRIBUNAL’S ANALYSIS

57. As the Parties agree, Article 42(1) of the 2010 Rules is applicable. Article 42(1) provides:

The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

58. The Tribunal notes that this provision of the 2010 Rules differs from the respective provision in the original 1976 Rules (not applicable in the present case) in so far as the 2010 Rules make the apportionment of the costs of legal representation and assistance subject to the same allocation principles as all other costs. For the present procedure, therefore, the disputed issue of the costs of legal representation has indeed to be decided on the basis of the above cited Article 42(1).
59. In the view of the Tribunal, this wording establishes a clear relationship between its two sentences: The first sentence, by the words “in principle”, establishes a presumption that the unsuccessful party shall bear the costs. However, the wording of the second sentence of Article 42(1) makes it equally clear, by using the word “may”, that the Tribunal has discretion to depart from this result if it finds that the circumstances of the case at hand make another result more “reasonable”.
60. Regarding the first sentence, the Parties dispute who is to be considered the “unsuccessful party”. The Tribunal does not agree with the Claimant that, if each of the Parties “prevailed on two, and lost on two, of the key issues before the Tribunal,” it is not “correct or appropriate to label one party the ‘winner’ and one party the ‘loser’.” While these considerations may be taken into account as “circumstances” under the second sentence of the provision, the Tribunal understands the “unsuccessful party” to be the one whose requests for final relief sought in the arbitration have been dismissed. In the present case, since the Tribunal has declared the Claimant’s claims inadmissible, this is the Claimant. The Tribunal considers that the particular grounds on which the Claimant’s claim failed reinforce this conclusion. The Tribunal has found that the

⁶¹ Australia’s Submission on Costs dated 16 September 2016, paras 52-53.

commencement of the arbitration constituted an abuse of right. While a finding of abuse of right does not imply any bad faith on the part of a claimant (as explained in the Tribunal's Partial Award), a respondent State that faces an abuse of right should, in principle, not be burdened with the costs of defending itself against such a claim.

61. Regarding the Tribunal's discretion in the application of the second sentence, it is a long tradition in the relevant jurisprudence in international investment law to consider, as relevant "circumstances", whether the unsuccessful party has prevailed regarding major disputed issues and whether the efforts expended on these issues have made up a considerable part of the work of the parties and of the Tribunal during the procedure.⁶²
62. The Tribunal sees no reason to depart from this approach in the present case.
63. The Tribunal notes the Claimant's contention that each of the Parties "prevailed on two, and lost on two, of the key issues before the Tribunal" and that "in broad terms, Claimant prevailed in arguing that the Tribunal had jurisdiction over the dispute, while Respondent prevailed in its admissibility objection." Indeed, the Claimant prevailed on the Admission Objection and the Timing Objection. The Respondent prevailed on the procedural issue of bifurcation and on the Abuse Objection. Moreover, the Claimant argued unsuccessfully that it had already exercised "control" within the meaning of the Treaty before the restructuring had occurred.
64. For its consideration of which apportionment is reasonable according to the second sentence of Article 42(1), the Tribunal notes at the outset that all four of the issues identified above, as well as the additional question of the Claimant's exercise of control before the restructuring, were heavily disputed points, which were discussed in detail in the written submissions of the Parties and further explored at the hearing on bifurcation and the hearing on jurisdiction and admissibility. Ample documentary and expert evidence was adduced in respect of each of the Objections.
65. The Tribunal sees no reason to question the professional efficiency of the Parties' counsel at any stage of the proceedings. While many questions of procedure and substance were hard-fought in the present arbitration—perhaps more than in many other investment cases—counsel engaged

⁶² *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, UNCITRAL, Final Award, July 1, 2004, para. 216 (**Exhibit CLA-049**); *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (Redacted), February 14, 2012, paras 669-672 (**Exhibit CLA-254**); *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, UNCITRAL, Award, January 31, 2014, para. 620 (**Exhibit CLA-255**); see also *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award 26 January 2006, para. 220

with the factual record and the legal aspects of the case in a thorough and overall effective manner. The significant efforts made by counsel for both sides, including a number of procedural motions, were, in the Tribunal's view, commensurate with the exceptional economic and political significance of the case. This also applies to the Parties' extensive document requests. The Tribunal further notes the helpful cooperation of counsel for both sides in respect of a number of logistical questions that arose in the course of the proceedings. Hence, the Tribunal concludes that the procedural conduct of the Parties should not sway the allocation of costs in either direction; it does not constitute a circumstance in the present proceedings that leads the Tribunal to consider that "apportionment is reasonable" within the sense of the second sentence of Article 42(1).

66. In this context, the Tribunal also notes that the Parties' dispute regarding the desirability of bifurcation of the proceedings led to a separate hearing and thereby to additional work and costs. The Tribunal recalls that the Respondent had requested an opportunity to address the Tribunal on this issue in the context of a hearing, while the Claimant had regarded a written procedure as sufficient. While it is rather unusual in investment arbitration to hold in-person hearings on procedural questions, such an approach may be helpful in some cases. The Tribunal was persuaded in the present proceedings that a hearing on bifurcation would be appropriate, and the Respondent ultimately prevailed with its request to order the bifurcation of (most of) its preliminary objections. Hence, the Tribunal does not consider that any adverse cost consequences should arise for the Respondent.
67. Having determined that the conduct of the Parties or their counsel in the context of the proceedings should not affect the allocation of costs, the Tribunal must consider whether the fact that the Claimant prevailed on the Admission Objection and on the Timing Objection warrants a departure from the principle that the Claimant, as the overall unsuccessful Party, should bear the costs in their entirety.
68. In this regard, a distinction must be drawn between the two Objections. The evidence as well as some of the legal arguments relevant to the Timing Objection were closely related to the Parties' submissions in respect of the Abuse Objection (on which the Respondent prevailed). Accordingly, the Tribunal is not persuaded that the Parties were required to expend significant resources in presenting their arguments on the Timing Objection in addition to what was in any event required to address the Abuse Objection. The Tribunal would add that, in the present circumstances, the Tribunal does not regard the Claimant's success in respect of the Timing Objection as more significant than the Respondent's success in respect of the Abuse Objection, as the Claimant seems to suggest. In the event of a finding of abuse of rights, there is no room for diminishing the

excessive, whereas the Respondent contends that its claim “is reasonable in light of the circumstances of the case.”⁶³

A. THE CLAIMANT’S POSITION

73. The Claimant does not request an order from the Tribunal that the Respondent pay any of its costs. Accordingly, it refrains from providing any figures detailing the costs that it has incurred in connection with the present arbitration.

74. Commenting on the Respondent’s costs claim, the Claimant submits that the Respondent’s costs claim is unreasonable for a “legal team that consisted primarily of public servants.”⁶⁴ By way of comparison, the Claimant states that Canada and the United States, which have created specific Government divisions to represent the State in investment proceedings, “have never claimed [REDACTED] [REDACTED] as much in costs and fees as Respondent claims in this arbitration.”⁶⁵ In particular, Canada has never claimed more than US\$4.5 million in costs and fees and the United States has never claimed more than US\$3 million.⁶⁶

75. The Claimant emphasizes that, even excluding the fees of four outside counsel, the Respondent’s government lawyers claim over [REDACTED] in fees, even though Australia itself pays them “very modest government salaries.”⁶⁷

B. THE RESPONDENT’S REQUEST

76. The Respondent refers to Article 40(2) of the 2010 Rules, applicable in the present arbitration, which reads as follows:

The term “costs” includes only:

- (a) The fees of the arbitral tribunal to be stated separately as to each arbitrator and to be fixed by the tribunal itself in accordance with article 41;
- (b) The reasonable travel and other expenses incurred by the arbitrators;
- (c) The reasonable costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal;
- (d) The reasonable travel and other expenses of witnesses to the extent such expenses are approved by the arbitral tribunal;
- (e) The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable;

⁶³ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 28.

⁶⁴ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 33.

⁶⁵ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 32.

⁶⁶ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 32.

⁶⁷ Claimant’s Second Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 33.

(f) Any fees and expenses of the appointing authority as well as the fees and expenses of the Secretary-General of the PCA.

The Respondent notes that it “seeks reimbursement for its claimed costs falling into each of the above-listed categories.”⁶⁸

77. First, the Respondent seeks reimbursement of the amount of [REDACTED], which it has deposited towards the fees and expenses of the Tribunal and the fees and expenses of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration.⁶⁹
78. Second, the Respondent submits that the expenses of its expert witness, Mr. Gyles Q.C., and its fact witnesses, Mr. Wilson and Mr. Swan, amounted to [REDACTED].⁷⁰
79. Third, the Respondent claims [REDACTED] in legal and other costs incurred by Australia. The legal expenses of Australia consist of (i) the legal fees for services rendered by Australia’s counsel team, (ii) the legal fees for services rendered by the Australian Government Solicitor (“AGS”), and (iii) the costs of certain legal services provided by the Office of International Law (“OIL”).⁷¹
80. In relation to the first category, the Respondent explains that Australia’s legal team was led by Australia’s Solicitor-General (Mr. Stephen Gageler S.C. between July 2011 and August 2012, followed by Mr. Justin Gleeson S.C. since November 2012); the costs for the services of the Solicitor-General are recoverable at a rate of AU\$5,000 per day, as is provided for in general guidance notes issued by the Solicitor-General’s department.⁷² Australia also retained four external counsel specializing in international law (Mr. Samuel Wordsworth Q.C. and Professor Chester Brown) and domestic law and evidentiary issues (Mr. Tony Payne S.C. and Mr. James Hutton). Counsel were briefed at “Commonwealth rates”, which, according to the Respondent, are lower than their usual commercial rates.⁷³
81. The Respondent submits that AGS does not receive any government funding and was retained by Australia “to appear as solicitor on the record in this arbitration and provide a range of legal

⁶⁸ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 56-57.

⁶⁹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 58.

⁷⁰ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 59.

⁷¹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 62.

⁷² Attorney-General’s Department – Office of Legal Services Coordination, “Guidance Note 11 – Briefing the Solicitor-General” (July 2015), para. 32 (**Exhibit R-1411**).

⁷³ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 64-67.

services.”⁷⁴ In this regard, the Chief Solicitor in charge of the present file, Mr. Simon Daley P.S.M., explains in a witness statement that up until 1 July 2015 AGS was a statutory corporation “operating on a commercial and competitive basis to provide a full range of legal and related services.” Since 1 July 2015 AGS ceased to be a statutory corporation and was consolidated into the Attorney-General’s Department, but “continues to operate on a commercial and competitive basis in the marketplace.”⁷⁵

82. According to the Respondent, AGS “was responsible for the day-to-day conduct of the arbitration.” In particular, AGS focused on developing Australia’s evidence and arguments for the preliminary objection phase and was also required to “investigate and develop a range of merits-related subject matter for inclusion in Australia’s Amended Statement of Defence.”⁷⁶ AGS was involved in document production tasks; in particular, a separate team was retained to address PM Asia’s requests relating to the FIRB files.⁷⁷
83. The Respondent explains that AGS charges on a fee-for-service basis, and AGS lawyers bill in 6-minute units and “provide detailed bills describing the work carried out and the time and cost of the work.”⁷⁸ According to the Respondent, the fees of AGS are reasonable. From October 2014 to May 2015, the rates for the AGS core team were capped at 6 hours per day. In addition, junior lawyers and paralegals were used throughout the arbitration to reduce costs.⁷⁹ Further, it was AGS’s practice “to review time records before rendering invoices on the Department of Health and to write down or write off any charges that AGS did not consider should be passed on.”⁸⁰ The invoices were reviewed once again for the purposes of preparing the costs claim, and a range of costs was excluded to “ensure that only work directly incurred in relation to the arbitration has been included.”⁸¹
84. The Respondent submits that Australia retained a team of international lawyers from OIL within the Office of International Law in the Attorney-General’s Department (“AGD”) and that “OIL’s core function is to provide legal advice and other services to the Australian Government on

⁷⁴ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 68.

⁷⁵ Daley Statement (**Exhibit RWS-018**), paras 3-4.

⁷⁶ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 70-71.

⁷⁷ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 72-73.

⁷⁸ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 74.

⁷⁹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 76.

⁸⁰ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 77.

⁸¹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 78.

matters of international law.”⁸² According to the Respondent, OIL “established a taskforce comprising of two teams of full-time lawyers.” The first team provided advice on international law issues, while the second team was responsible “for coordinating the litigation across a large number of Australian Government departments that provided information, documents and evidence in the arbitration.” This taskforce was active from June 2011.⁸³ The Respondent only seeks to recover the costs of the OIL team that provided international law services.⁸⁴

85. The Respondent notes that OIL’s costs were billed on a salary basis, even though it would have been open to OIL to charge on an hourly basis. In the Respondent’s view, it is the established practice in investment arbitration “to estimate the time spent working on the arbitration and then multiply the cost of each individual’s salary and benefits for a given year by that estimate.”⁸⁵
86. The Respondent claims [REDACTED] for expenses incurred by Australia for twelve expert witnesses, who submitted eleven reports in response to sixteen reports submitted by expert witnesses for PM Asia.⁸⁶
87. The Respondent claims [REDACTED] in travel costs, which include travel costs incurred by Australia for counsel, other lawyers and expert witnesses to travel for the purposes of arbitration. The Respondent notes that these travel costs are reasonable as, first, a minimum number of representatives attended each hearing, and, second, all international travel expenses incurred were consistent with the Australian Government’s Best Fare of the Day policy. Domestic travels were similarly booked in line with the Australian Government’s domestic travel policy which requires use of the “lowest practical fare”.⁸⁷
88. The Respondent claims [REDACTED] for other arbitration expenses “incurred to assist Australian lawyers as part of Australia’s defence in the arbitration.” These expenses include the creation and maintenance of a Ringtail document management system, “conference room hire during oral hearing phases, delivery and courier fees, photocopying and printing, library loans

⁸² Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 81.

⁸³ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 81-84.

⁸⁴ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 87.

⁸⁵ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 85-86.

⁸⁶ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 89-92.

⁸⁷ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 92-99.

and other research expenses, corporate records and other database searches and reports and translation services.”⁸⁸

89. The Respondent requests the Tribunal to award interest on the total sum of Australia’s legal and other costs “calculated from the date of the final award on costs until the date of payment in full.” The Respondent asks that the interest be calculated at the rate of 1.50% (corresponding to the Australian cash rate as set by the Reserve Bank of Australia as applicable at the date of Australia’s Submission on Costs).⁸⁹
90. The Respondent submits that Australia’s cost claim “is reasonable in light of the circumstances of the case.” Australia has undertaken a “principled and cautious approach”, having notably deducted (i) fees paid to consulting experts who did not prepare reports for filing in this arbitration and of legal advisors who played a minor role in the proceedings; (ii) costs incurred by AGD “which were not attributable to OIL’s core role of providing advice and assistance on international law”; and (iii) costs of counsel, the Australian Government Solicitor and OIL incurred prior to the service of the Notice of Arbitration.⁹⁰
91. The Respondent further submits that PM Asia’s strong opposition to bifurcation required Australia “to prepare an extensive memorial and substantial supporting evidence to defend PM Asia’s claim on its merits.”⁹¹
92. In addition, the Respondent argues that Australia had to undertake a “significant amount of work” to respond to the PM Asia’s claims as well as its defence to Australia’s jurisdictional objections, noting that these claims and defences were “particularly broad and complex and shifted over time.”⁹²
93. Finally, the Respondent emphasizes that Philip Morris sought to challenge a public health measure that is of a critical importance to Australia, and it was therefore necessary for the Respondent to “mount a robust and comprehensive response to all aspects of the claim.”⁹³ The Respondent also notes that Australia’s cost claim represents less than ████████ of the total amount of damages claimed by Philip Morris, while in *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris*

⁸⁸ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 100-104.

⁸⁹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 107-108.

⁹⁰ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 29-37.

⁹¹ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 39-42.

⁹² Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 43-49.

⁹³ Australia’s Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 50-54.

Products S.S. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay, the Government of Uruguay claimed costs in an amount of approximately 46% of the damages claimed by Philip Morris.⁹⁴

C. THE TRIBUNAL'S ANALYSIS

94. The Parties agree that Article 40(2) of the 2010 Rules, is applicable in the present case, which reads as follows:

The term "costs" includes only:

- (a) The fees of the arbitral tribunal to be stated separately as to each arbitrator and to be fixed by the tribunal itself in accordance with article 41;
- (b) The reasonable travel and other expenses incurred by the arbitrators;
- (c) The reasonable costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal;
- (d) The reasonable travel and other expenses of witnesses to the extent such expenses are approved by the arbitral tribunal;
- (e) The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable;
- (f) Any fees and expenses of the appointing authority as well as the fees and expenses of the Secretary-General of the PCA.

95. The Tribunal fixes the costs of the arbitration referred to under subsections (a), (b), (c) and (f) in the present case as follows:

Arbitrator fees (EUR)	
Professor Karl-Heinz Böckstiegel <i>Fees:</i>	██████████
Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler <i>Fees:</i>	██████████
Professor Donald McRae <i>Fees (exclusive of VAT):</i> <i>VAT:</i>	██████████ ██████████
Registry fees of the PCA (EUR)	██████████
Expenses (EUR)	
Arbitrator expenses:	██████████
General expenses (court reporting, audio-visual technology, catering, courier and other expenses):	██████████
TOTAL COSTS (EUR)	██████████

⁹⁴ Australia's Submission on Costs dated 2 September 2016, para. 53.

TOTAL DEPOSIT (EUR)	<div style="background-color: black; width: 100px; height: 20px; margin-bottom: 5px;"></div> * *reflecting equal contributions from the Parties
REMAINING DEPOSIT (EUR)	<div style="background-color: black; width: 100px; height: 20px;"></div>

96. The Parties disagree how subsection (e) should be applied in the present case, given that: “[t]he legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration” form part of the costs of arbitration, which the Tribunal may allocate between the Parties, only “to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable.” In light of its decision on cost allocation reached above, the Tribunal has only to consider the Respondent’s costs. As summarized above, the Claimant considers that a number of the costs claimed by the Respondent are not “reasonable” as required by this subsection.
97. For its examination regarding the question whether and to what extent the costs claimed by the Respondent can be considered “reasonable”, the Tribunal may take into account the jurisprudence in comparable cases, particularly in cases in which governments claimed their costs, as well as, more importantly, the specifics of the case at hand.
98. The table of comparison provided by the Claimant to the costs claimed by other governments only relates to NAFTA cases. While, indeed, these amounts are considerably smaller than those claimed by the present Respondent, they do not show the volume of work and the numbers of hours spent in those cases. Without further research, for which the Parties have not supplied sufficient information, the Tribunal is confident in its presumption that the present case has been one in which the volume of work and time involved in the presentation of the Parties’ cases considerably exceeded what is usual in NAFTA and other investment arbitrations.
99. In this regard, the Tribunal notes that both Parties presented voluminous Memorials, not only on bifurcation and jurisdiction, but also, in accordance with Procedural Order No. 7, full first Memorials on the merits, analysing in detail whether the Plain Packaging Measures were consistent with the substantive provisions of the Treaty. These Memorials were accompanied by a substantial body of evidence, including several expert opinions on questions of public health. While the Claimant’s claims were in the end rejected as inadmissible, it is evident that the Parties’ costs reflect the considerable work already performed in respect of the merits. The Tribunal also recalls that the present proceedings were, at various junctures, more complex than is the norm in investor-State arbitration. For instance, the Parties submitted several detailed briefs on key

procedural questions (such as the place of arbitration and confidentiality) after the first procedural hearing and presented their views on bifurcation in the context of an in-person hearing.

100. As the Claimant mentions, in NAFTA cases, Canada and the United States rely on their own legal teams to represent them. However, while this may be considered appropriate because the NAFTA system is a repetitively used system of dispute resolution for these States, the present dispute proceeds under the Treaty between Australia and Hong Kong, under which Australia had never been a respondent and for which it had no pre-existing in-house expertise through a pre-constituted legal team familiar with the dispute settlement method and the issues involved. The Tribunal, therefore, considers it justified that the Respondent hired outside counsel to help its own legal team in this procedure. The fees and costs claimed for these outside counsel do not go beyond what is usual in other investment cases and are thus deemed reasonable by this Tribunal.
101. The costs and fees claimed by the Respondent for its own legal team have been explained in detail in paragraphs 62 to 88 and the Annexure to Australia's Submission on Costs dated 2 September 2016. The Tribunal does not accept the Claimant's criticism with respect to the fact that these fees exceed what it describes as "modest government salaries".⁹⁵ It is normal and justified practice in investment and other arbitrations that not only the salaries are claimed, but also considerably higher amounts in view of high overhead costs. The rates for the various members of its own legal team as explained by the Respondent appear reasonable to the Tribunal. Taking into account the complexity of issues of domestic and international law relevant in this procedure, particularly for a government team usually not engaged in such disputes, the Tribunal does not consider that any of these costs claimed by the Respondent were unreasonable and should not have been incurred. In making this assessment, the Tribunal also takes into consideration the significant stakes involved in this dispute in respect of Australia's economic, legal and political framework, and in particular the relevance of the outcome in respect of Australia's policies in matters of public health.
102. The same is true for the costs claimed by the Respondent for witnesses and experts⁹⁶ as well as travel and other expenses claimed and explained in Australia's Submission on Costs dated 2 September 2016. In this context, the Tribunal recalls that the Parties, under the procedure

⁹⁵ Australia's Submission on Costs dated 16 September 2016, para. 33.

⁹⁶ This does not, however, include the witness expenses of Mr. Gyles QC, Mr. Wilson and Mr. Swan in an amount of [REDACTED], which were incurred solely in relation to the Respondent's Admission Objection and shall not be subject to reimbursement.

adopted, filed full submissions on the merits, together with all their evidence, including expert reports and witness statements.

103. In conclusion therefore, the Tribunal finds that the amounts claimed by the Respondent for its legal representation in a total of [REDACTED] are reasonable.
104. The arbitration costs have to be added to this amount in application of subsections (a), (b), (c) and (f) of Article 40(2) of the 2010 UNCITRAL Rules which were found above to be [REDACTED].

VI. CONCLUSION

105. Applying the Tribunal's conclusion at the end of Section IV above that the Claimant must bear [REDACTED] % of the Respondent's cost claim insofar as found reasonable, this leads to the conclusion that the Claimant has to reimburse the Respondent:
- [REDACTED] % of the Respondent's share of the arbitration costs according to subsections (a), (b), (c) and (f), which the Respondent paid into the deposit of the PCA: [REDACTED];
 - [REDACTED] % of the Respondent's costs according to subsections (d) and (e): [REDACTED].

VII. INTEREST

106. The Respondent has claimed interest from the date of the Final Award on the costs it is awarded to be reimbursed.⁹⁷ In principle, this claim has not been objected to by the Claimant. Indeed, the jurisprudence relied on by the Respondent in this context affirms that such a claim can be raised, and the Tribunal sees no reason to depart from this approach.
107. Moreover, the Tribunal accepts Respondent's suggestion that the interest shall be calculated on a simple basis using the Australian cash rate as set by the Reserve Bank of Australia, at the rate of 1.50%, to accrue from the date of this Final Award.

⁹⁷ Australia's Submission on Costs dated 2 September 2016, paras 107-108.


VIII. DECISION

108. For the reasons set out above in this Award, the Tribunal decides, declares, and awards as follows:


- I. The Claimant shall pay to the Respondent the amount of [REDACTED] in application of subsections (a), (b), (c) and (f) of Article 40(2) of the 2010 UNCITRAL Rules.
- II. The Claimant shall pay to the Respondent the amount of [REDACTED] in application of subsections (d) and (e) of Article 40(2) of the 2010 UNCITRAL Rules.
- III. As from the date of this Award, the Claimant shall pay to the Respondent interest on the above amounts calculated on a simple basis using the Australian cash rate as set by the Reserve Bank of Australia, at the rate of 1.50%.
- IV. All other remaining claims are dismissed.
- V. The Registry is requested to return to the Parties in equal shares any remaining amounts on deposit.

Place of Arbitration: Singapore.

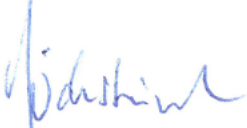
Date of Award: 8 March 2017



Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler
Co-arbitrator



Professor Donald McRae
Co-arbitrator



Professor Karl-Heinz Böckstiegel
Presiding Arbitrator

LEGAL AUTHORITY CA-137

IN THE MATTER OF AN ARBITRATION PROCEEDING UNDER CHAPTER 10 OF THE UNITED STATES – PERU TRADE PROMOTION AGREEMENT AND THE UNCITRAL ARBITRATION RULES (2010)

In the arbitration proceeding between

THE RENCO GROUP INC
Claimant

-and-

REPUBLIC OF PERU
Respondent

UNCT/13/1

PARTIAL AWARD ON JURISDICTION

Members of the Tribunal

Dr. Michael J. Moser, Presiding Arbitrator
The Honorable L. Yves Fortier, CC, QC, Arbitrator
Mr. Toby T. Landau, QC, Arbitrator

Tribunal Assistant

Ms. Ruth Stackpool-Moore

Tribunal Secretary

Ms. Natalí Sequeira

Date

July 15, 2016

REPRESENTATION OF THE PARTIES

Representing The Renco Group, Inc.:

Mr. Edward G. Kehoe
Mr. Guillermo Aguilar Alvarez
Mr. Henry G. Burnett
Ms. Caline Mouawad
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
New York, New York 10036-4003
United States of America

Representing the Republic of Peru:

Mr. Jonathan C. Hamilton
Ms. Andrea J. Menaker
White & Case LLP
701 Thirteenth Street N.W.
Washington, D.C. 20005
United States of America

Dra. María del Carmen Tovar Gil
Estudio Ehecopar
Av. La Floresta 497, Piso 5
San Borja, Lima 41 - Peru

TABLE OF CONTENTS

I.	INTRODUCTION	1
II.	PROCEDURAL HISTORY	1
III.	OVERVIEW OF THE ISSUES AND THE PARTIES’ CONTENTIONS	9
IV.	THE TRIBUNAL’S ANALYSIS AND DECISIONS	12
	A. Introduction	12
	B. Relevant Treaty Provisions and their Interpretation	12
	C. Background: Waiver as a Precondition to the Existence of a Valid Arbitration Agreement and the Tribunal’s Jurisdiction.....	15
	D. The Validity of Renco’s Waiver and Reservation of Rights	17
	(1) Express Terms of Article 10.18(2)(b)	17
	(2) Object and Purpose of Article 10.18(2)(b)	18
	(3) “No U-turn” Structure of Article 10.18(2)(b).....	20
	(4) Reservation as “superfluous”	25
	(5) Conclusion	29
	E. The Consequence of Renco’s Non-compliance with Article 10.18(2)(b)	29
	(1) Overview	29
	(2) Cure	31
	(3) Severance	40
	(4) Abuse of rights	44
	(5) Conclusion	48
	F. Other Objections	48
V.	COSTS	49
VI.	CONCLUDING REMARKS	49
VII.	FORMAL AWARD	50

I. INTRODUCTION

1. This arbitration concerns a dispute submitted under the United States–Peru Trade Promotion Agreement dated April 12, 2006 (“**the Treaty**”) and the UNCITRAL Arbitration Rules (2010). The Claimant is The Renco Group, Inc. (“**Renco**” or “**the Claimant**”). The Respondent is the Republic of Peru (“**Peru**” or “**the Respondent**”). The Claimant and the Respondent are collectively referred to in this Partial Award as “the Parties”.
2. This Partial Award contains the Tribunal’s ruling on Peru’s objection to jurisdiction as a result of Renco’s alleged non-compliance with the requirement contained in Article 10.18(2) of the Treaty for an investor to waive its right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or any other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Treaty Article 10.16.

II. PROCEDURAL HISTORY

3. The full procedural history of these proceedings up to December 19, 2014 is set out in the Tribunal’s Scope Decision referred to in paragraph 14 below. This will not be repeated here, save to the extent that it is relevant to the issue of Respondent’s waiver.
4. On December 29, 2010, Renco served its Notice of Intent to Commence Arbitration.
5. On April 4, 2011, Renco served its Notice of Arbitration and Statement of Claim, which it subsequently amended on August 9, 2011. As set out in more detail in Section III below, the Notices both contained written waivers purportedly submitted in compliance with Article 10.18(2) of the Treaty.
6. On May 10, 2013, Peru submitted its Response to Renco’s Amended Notice of Arbitration and Statement of Claim dated August 9, 2011.
7. On July 18, 2013, the Tribunal held the first procedural session.
8. On August 22, 2013, the Tribunal issued Procedural Order No. 1, which set forth the procedural timetable for the arbitration. The procedural timetable was the subject of

extensive discussions and consultations between the Parties both before and during the first procedural session.

9. On February 20, 2014, Renco submitted its Memorial on Liability, including Witness Statements and Expert Reports.
10. On March 21, 2014, Peru submitted a notice of intention to make preliminary objections pursuant to Article 10.20(4) of the Treaty. Peru gave notice that it intended to raise three preliminary objections, the first of which was that Renco had violated the Treaty's waiver requirement in Article 10.18(2). The second and third objections related to the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* and Renco's compliance with various provisions of the investment agreements at issue in the arbitration.
11. On April 3, 2014, Renco filed a submission challenging the scope of Peru's preliminary objections. Renco submitted that Peru's objections in fact encompassed six separate preliminary objections, namely:
 - (a) The presentation of an invalid waiver;
 - (b) The violation of the waiver;
 - (c) The lack of jurisdiction *ratione temporis*;
 - (d) The violation of the Treaty's three-year limitation period;
 - (e) The failure to state a claim for breach of the investment agreement; and
 - (f) The failure to submit two factual issues for determination by a technical expert prior to commencement of the arbitration.
12. On April 23, 2014, Peru filed a submission on the scope of the preliminary objections.
13. Thereafter, the Parties filed further submissions in connection with the scope of Peru's preliminary objections.
14. On December 19, 2014, the Tribunal issued its Decision with respect to the Scope of Peru's Preliminary Objections under Article 10.20(4) of the Treaty ("**the Scope**

Decision”). The Spanish version of the Scope Decision was communicated to the Parties by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“**ICSID**” or “**the Centre**”) on February 13, 2015.

15. In its Scope Decision, the Tribunal concluded as follows:
 - (a) Article 10.20(4) objections relating to the Tribunal’s competence fall outside the mandatory scope of Article 10.20(4).
 - (b) Save for the preliminary objection that Renco had failed to state a claim for breach of the investment agreement, Peru’s preliminary objections related to the Tribunal’s competence and therefore fell outside the scope of Article 10.20(4). The Tribunal therefore declined to hear Peru’s competence objections in the Article 10.20(4) phase of these proceedings.
 - (c) Peru’s preliminary objection relating to the investment agreement should be briefed and heard as a preliminary objection in the Article 10.20(4) phase of these proceedings in accordance with a timetable to be set by the Tribunal following further submissions from the Parties.
16. After the Scope Decision was issued, by communications dated January 2, 2015, the Parties informed the Tribunal of their agreed schedule for submissions relating to Peru’s remaining preliminary objection pursuant to Article 10.20(4).
17. On January 27, 2015, a two-day hearing regarding Peru’s remaining preliminary objection pursuant to Article 10.20(4) was scheduled for September 1 and 2, 2015 in Washington, D.C.
18. On February 21, 2015, Peru filed its Preliminary Objection under Article 10.20(4) dated February 20, 2015 accompanied by Legal Opinions of John B. Bellinger, III and Carlos Cárdenas Quirós.
19. On February 23, 2015, Renco notified the Tribunal that it considered that Peru’s filing raised jurisdictional issues and other issues beyond the scope of objections permitted in its Decision on the Scope of Article 10.20(4) and that accordingly, Peru’s submissions should not be posted to the ICSID website. Renco reserved its right to address what it described as Peru’s “overreaching.”

20. On March 9, 2015, Peru wrote to the Tribunal indicating that its February 23, 2015 submission should be published on the ICSID website in accordance with the transparency provisions of the Treaty and Procedural Order No. 1.
21. On April 17, 2015, Renco submitted its Opposition to Peru's 10.20(4) Objection accompanied by the Legal Expert Report of Dr. Fernando de Trazegnies.
22. On April 30, 2015, Peru addressed to the Tribunal, in a letter dated April 29, 2015, a request seeking relief from alleged "ongoing prejudice" caused by Renco's conduct within and beyond the pending arbitration ("**Respondent's Request for Relief**"). Amongst other matters, in the Request for Relief, Peru complained that Renco had engaged in an ongoing violation of the waiver requirement contained in Article 10.18(2) of the Treaty as a result of the conduct of Renco's subsidiary company in domestic bankruptcy proceedings in Peru.
23. On May 4, 2015, the Tribunal invited Renco to comment on Peru's April 29, 2015 letter which it did on May 5, 2015.
24. On May 7, 2015, Peru wrote to the Tribunal requesting: (i) an opportunity to be heard with respect to Renco's response of May 5, 2015; and (ii) an immediate (and at least temporary) suspension of the briefing calendar until the procedural implications of the pending issues were resolved. Both Renco and Peru commented further to the Tribunal on the request for a suspension of the briefing calendar on May 8, 2015.
25. On May 11, 2015, the Tribunal informed the Parties of the temporary suspension of Peru's Article 10.20(4) filing deadline and invited Peru to submit a full reply to Renco's May 5, 2015 letter by May 18, 2015.
26. On May 19, 2015, Peru submitted a reply to Renco's letter of May 5, 2015, written further to Peru's letter of April 29, 2015, requesting relief from "ongoing prejudice" caused by Renco.
27. On May 21, 2015, the Tribunal informed Renco that if it wished to add anything to its submissions on the issues raised by Peru including and following its submission dated April 29, 2015, it must do so before May 25, 2015. Renco indicated by reply that it did not wish to comment further.

28. On June 2, 2015, the Tribunal issued its Decision Regarding Peru's Requests for Relief. The Spanish version of the Decision was communicated to the Parties by ICSID on July 24, 2015. The Tribunal reached the following conclusion with respect to Peru's contention that Renco violated the waiver requirement in Article 10.18(2)(b) of the Treaty:

Given the importance of this issue, and the urgency with which it has been pressed by Peru, the Tribunal has decided in accordance with Article 23(3) of the UNCITRAL Rules to grant Peru's request to hear and decide as a preliminary issue in the arbitration the question of whether Renco has violated the waiver requirement contained in Article 10.18 of the Treaty.

29. Pursuant to the Tribunal's Decision of June 2, 2015, the Parties proposed a procedural calendar for the Tribunal to consider on June 10, 2015.

30. By letter dated June 10, 2015, Renco requested:

... that the Tribunal's December 18, 2015 Scope Decision in respect of Peru's waiver objection be reinstated [and that the Tribunal] ... reconsider and reverse the portion of its June 2, 2015 Decision requiring full briefing on Peru's objection that Renco violated the waiver provisions of the Treaty, and reaffirm its previous ruling that such objection be brought by Peru together with its Counter-Memorial on Liability in accordance with the timetable set out in Annex A to Procedural Order No. 1.

31. On June 17, 2015, Peru submitted its reply to Renco's request of June 10, 2015.
32. On June 20, 2015, the Tribunal issued Procedural Order No. 3 reiterating its direction to the Parties to agree on a new briefing schedule including Renco's responsive submissions on the arguments raised by Peru in its Preliminary Objection under Article 10.20.4. The Tribunal further declined to reconsider its Decision of June 2, 2015. Accordingly, the Tribunal reiterated its direction to the Parties to agree on a "separate and streamlined timetable" to address the alleged ongoing breaches by Renco of the waiver requirement. Counsel were invited to inform the Tribunal of the new agreed briefing schedule, hearing dates and timetable by Wednesday, June 24, 2015. The Spanish version of Procedural Order No. 3 was communicated to the Parties by ICSID on July 24, 2015.

33. Following the issuance of Procedural Order No. 3, the Parties exchanged their views¹ on the procedural calendar and hearing dates.
34. On July 6, 2015, the Tribunal issued Procedural Order No. 4, establishing a procedural schedule to address the Article 10.20(4) objections and a “separate and streamlined” schedule for the waiver objection. The Spanish version of Procedural Order No. 4 was communicated to the Parties by ICSID on July 24, 2015.
35. Pursuant to the schedule established by the Tribunal in Procedural Order No. 4, Peru filed its Memorial on Waiver on July 10, 2015 (“**Memorial on Waiver**” or “**Memorial**”).
36. On July 30, 2015, Renco filed its Supplemental Opposition to Peru’s Preliminary 10.20(4) Objection.
37. On August 10, 2015, Renco filed its Counter-Memorial Concerning Peru’s Waiver Objections (“**Counter-Memorial on Waiver**” or “**Counter-Memorial**”).
38. On August 17, 2015, the United States Government indicated that it had been monitoring the developments in the case and it was “studying the most recent pleadings on waiver, which were obtained from the ICSID website, and is considering whether to make a submission to the Tribunal on issues of interpretation of the U.S.–Peru Trade Promotion Agreement pursuant to Article 10.20.2”. The United States Government further informed the Tribunal and the disputing Parties of its intention to attend the hearing on waiver.
39. On August 17, 2015, Peru submitted its Reply on Waiver (“**Reply on Waiver**” or “**Reply**”).
40. On August 21, 2015, the Tribunal invited the Parties to submit their observations, if any, on the United States Government’s letter of August 17, 2015. The Parties did not raise any objections to the United States Government’s letter.

¹ See Renco’s correspondence of June 22, 25, 27 and 29, 2015 and July 3, 2015. See also Peru’s correspondence of June 22, 25, 26 (received on June 27), 27, 29 and, 30, 2015 and July 3, 2015.

41. On August 24, 2015, Renco submitted its Rejoinder on Waiver (“**Rejoinder on Waiver**” or “**Rejoinder**”).
42. On September 1, 2015, pursuant to Procedural Order No. 1 and Article 10.20.2 of the Treaty, the United States Government submitted its second non-disputing Party written submission regarding interpretation of the Treaty (“**Second Submission of the United States of America**”).
43. On September 2, 2015, the Tribunal held a hearing in Washington D.C. to hear the Parties’ oral arguments on the waiver objection. Present at the hearing were the members of the Arbitral Tribunal, the Tribunal Secretary and the following Party representatives and other attendees:

On behalf of Renco:

Mr. Edward G. Kehoe	King & Spalding, LLP
Mr. Henry G. Burnett (Harry)	King & Spalding, LLP
Mr. Guillermo Aguilar-Alvarez	King & Spalding, LLP
Ms. Margarete Stevens	King & Spalding, LLP
Mr. David H. Weiss	King & Spalding, LLP
Ms. Jessica Bees und Chrostin	King & Spalding, LLP
Ms. Ashley Grubor	King & Spalding, LLP
Ms. Veronica Garcia	King & Spalding, LLP
Mr. Dennis A. Sadlowski	The Renco Group, Inc.

On behalf of Peru:

Mr. Jonathan C. Hamilton	White & Case LLP
Ms. Andrea Menaker	White & Case LLP
Mr. Francisco X. Jijón	White & Case LLP
Ms. Michelle Grando	White & Case LLP
Ms. Jacqueline Argueta	White & Case LLP
Mr. Guillermo Cuevas	White & Case LLP
Mr. Alejandro Martínez de Hoz	White & Case LLP
Mr. Carlos Natera	White & Case LLP
Ms. María del Carmen Tovar	Estudio Eche copar
Ambassador Luis Miguel Castilla	Ambassador of Peru to Washington D.C
Mr. Carlos José Valderrama Bernal	Republic of Peru
Mr. Rafael Suarez	Republic of Peru

On behalf of the United States Government (as a non-disputing Party):

Ms. Lisa Grosh	Assistant Legal Adviser
Ms. Alicia Cate	Attorney-Adviser
Mr. John Blanck	Attorney-Adviser
Ms. Anna Estrina	Financial Economist

Mr. Brooks Allen
Mr. Juan Millan

Assistant General Counsel
Acting Assistant U.S. Trade Representative
for Monitoring & Enforcement

Court Reporters:

Mr. Dante Rinaldi
Ms. Gail Verbano

Court Reporter – Spanish Language
Court Reporter – English Language

Interpreters:

Ms. Judith Letendre
Ms. Stella Covre
Ms. Karin Ruckhaus

English /Spanish
English /Spanish
English /Spanish

44. On September 3, 2015, and as permitted at the conclusion of the hearing, Renco added two additional legal authorities to the record.
45. On September 9, 2015, the Centre provided copies of the audio recordings of the hearing to the Parties.
46. On September 13, 14, 15, 16 and 17, 2015 the Parties exchanged observations with respect to additional legal authorities addressed by the Parties at the close of the Hearing on Waiver.
47. On September 16, 2015 the Tribunal posed four specific questions and invited the Parties to submit their responses within seven (7) days and submissions in reply, if any, within seven (7) days thereafter.
48. The Parties submitted consolidated corrections to the transcripts of the Hearing on Waiver on September 22, 2015.
49. Renco's responses to the Tribunal's questions of September 16, 2015, were received on September 23, 2015 ("**Renco's Post-hearing Submissions**"). Peru's responses were received on September 24, 2015 ("**Peru's Post-hearing Submissions**").
50. On September 27, 2015, the Tribunal invited the Parties to comment on the relevance of the principle of severability to the question of the legal effect of the reservation of rights contained in Renco's waiver.

51. The Parties submitted their replies to the Tribunal's invitation on September 30, 2015 ("**Renco's Post-hearing Reply Submissions**" and "**Peru's Post-hearing Reply Submissions**").
52. On October 11, 2015, the United States Government submitted its third non-disputing Party written submission regarding interpretation of the Treaty in relation to the relevance of the principle of severability ("**Third Submission of the United States of America**").
53. On October 18, 2015, Peru submitted a Post-hearing Supplemental Submission, responding to Renco's submission dated September 30, 2015 ("**Peru's Supplemental Post-hearing Submissions**").
54. On October 23, 2015, Renco submitted its comments on the Third Submission of the United States of America and Peru's Supplemental Post-hearing Submissions ("**Renco's Supplemental Post-hearing Submissions**").
55. On October 23, 2015, Peru wrote to the Tribunal to confirm the agreement between the United States and Peru regarding the interpretation of the waiver requirement contained in Article 10.18 of the Treaty.

III. OVERVIEW OF THE ISSUES AND THE PARTIES' CONTENTIONS

56. In its Notice of Arbitration dated April 4, 2011, Renco submitted a claim to arbitration on its own behalf under Article 10.16(1)(a) of the Treaty and a claim on behalf of its wholly-owned local enterprise, Doe Run Peru S.R. LTDA ("**DRP**"), under Article 10.16(1)(b).
57. In its Amended Notice of Arbitration dated August 9, 2011, Renco withdrew its enterprise claim under Article 10.16(1)(b). However, Renco retained the claim it had submitted to arbitration on its own behalf under Article 10.16(1)(a). DRP also purported to withdraw its written waiver.

58. Renco’s Notice of Arbitration and Amended Notice of Arbitration were accompanied by written waivers in the following terms:²

Waiver Accompanying Renco’s Notice of Arbitration	Waiver Accompanying Renco’s Amended Notice of Arbitration
<p>“Finally, as required by Article 10.18(2) of the Treaty, Renco and its affiliate DRP waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16, except for proceedings for interim injunctive relief, not involving payment of monetary damages, before a judicial or administrative tribunal of Peru. To the extent that the Tribunal may decline to hear any claims asserted herein on jurisdictional or admissibility grounds, Claimants reserve the right to bring such claims in another forum for resolution on the merits.”</p>	<p>“Finally, as required by Article 10.18(2) of the Treaty, Renco waives its right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16, except for proceedings for interim injunctive relief, not involving payment of monetary damages, before a judicial or administrative tribunal of Peru. <i>To the extent that the Tribunal may decline to hear any claims asserted herein on jurisdictional or admissibility grounds, Claimant reserves the right to bring such claims in another forum for resolution on the merits.</i>”</p>

59. In this Partial Award, The Tribunal will refer to the italicised text in the waiver accompanying Renco’s Amended Notice of Arbitration as “the reservation of rights”.
60. It is common ground that the provisions of Article 10.18(2)(b) dealing with waiver encompass two distinct requirements: a *formal* requirement (the submission of a written waiver which complies with the terms of Article 10.18(2)(b)) and a *material* requirement (the investor abstaining from initiating or continuing local proceedings in violation of its written waiver).³ As the arbitral tribunal held in *Waste Management I*, when considering the waiver provision in Article 1121 of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”):⁴

Any waiver, and by extension, that one which is now the subject of debate, implies a formal and material act on the part of the person tendering [the] same. To this end, this Tribunal will therefore have to ascertain whether Waste Management did indeed submit the waiver in accordance with the formalities envisaged under NAFTA and whether it has respected the terms of same through the material act of either dropping or desisting from initiating parallel proceedings before other courts or tribunals.

² The redlined text appears in the original version of Renco’s Amended Notice of Arbitration. The Tribunal has added the emphasis in bold and italics to the final sentence of the waiver.

³ Memorial on Waiver ¶ 15; Counter-Memorial on Waiver ¶ 65.

⁴ *Waste Management Inc v United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) Award dated June 2, 2000 ¶ 20.

61. Peru contends that Renco has failed to comply with the formal and material requirements of the waiver provision in Article 10.18(2)(b) of the Treaty. Peru cites the following reasons:
- (a) As to formal compliance:
 - (i) By its “reservation of rights” Renco has purported to reserve its right to bring claims in another forum for resolution on the merits if the Tribunal dismisses any claims on jurisdictional or admissibility grounds. As a consequence, says Peru, Renco’s waiver is non-compliant.
 - (ii) DRP has failed to submit a waiver in the Amended Notice of Arbitration, despite the fact that Renco is submitting claims on behalf of DRP under the Treaty.
 - (b) As to material compliance, Peru contends that Renco has (through DRP) initiated and/or continued proceedings in the Peruvian courts concerning measures alleged to constitute a breach of the Treaty in this arbitration.
62. As a result of Renco’s alleged non-compliance with the Treaty’s waiver requirements, Peru submits that the Tribunal lacks jurisdiction over Renco’s claims. Peru asks the Tribunal to render an award dismissing Renco’s claims for lack of jurisdiction, together with an award of costs in its favor.
63. Renco contends that it has complied with both the formal and material requirements of Article 10.18(2)(b) of the Treaty. Renco relies on the following grounds:
- (a) As to formal compliance:
 - (i) The Treaty does not prevent a claimant from pursuing claims on the merits in another forum if its Treaty case is dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. Therefore, Renco’s waiver is compliant.
 - (ii) Renco is asserting its own claims under Article 10.16(1)(a) for loss and damage that it has suffered as a result, in part, of measures that Peru has inflicted on its enterprise, DRP. Such claims, Renco asserts, may

be submitted under Article 10.16(1)(a) and do not require a waiver from DRP.

(b) As to material compliance:

(i) The Peruvian proceedings relate to defensive measures taken by DRP, and defensive measures taken by an investor to defend itself against claims asserted in local proceedings do not breach the waiver requirement in Article 10.18(2)(b).

(ii) The local proceedings do not relate to the same measures that are alleged to constitute a breach of Article 10.16(1)(a).

64. For these reasons, Renco submits that the Tribunal should dismiss Renco's waiver objections. Renco also seeks an award of costs.

65. The foregoing is only a brief summary of the gist of the Parties' positions in relation to Renco's compliance or non-compliance with the formal and material requirements of Article 10.18(2)(b). The Tribunal has had the benefit of extensive written and oral submissions from the Parties in relation to the issues presented. The Tribunal has carefully considered all of these submissions and, while not setting out every such submission in the body of this Award, refers in more detail to the central points raised by the Parties in the next section.

IV. THE TRIBUNAL'S ANALYSIS AND DECISIONS

A. Introduction

66. The Tribunal will begin by considering Peru's contention that Renco has failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2)(b) by including the reservation of rights in the waiver accompanying its Amended Notice of Arbitration.

B. Relevant Treaty Provisions and their Interpretation

67. The issues raised by the Parties involve complex issues of interpretation of the relevant provisions of the Treaty. The principal provisions engaged are Articles 10.16, 10.17 and 10.18. These provisions establish the procedures by which an investor may submit an investment dispute to arbitration. Given their importance to

the issues at hand, it is appropriate to set out the text of these provisions in full below:

Article 10.16: Submission of a Claim to Arbitration

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

- (a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim
 - (i) that the respondent has breached
 - (A) an obligation under Section A,
 - (B) an investment authorization, or
 - (C) an investment agreement; and
 - (ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and
- (b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim
 - (i) that the respondent has breached
 - (A) an obligation under Section A,
 - (B) an investment authorization, or
 - (C) an investment agreement; and
 - (ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach,

provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement [...]

Article 10.17: Consent of Each Party to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Agreement.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

- (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute;
- (b) Article II of the New York Convention for an “agreement in writing;” and
- (c) Article I of the Inter-American Convention for an “agreement.”

Article 10.18: Conditions and Limitations on Consent of Each Party

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 10.16.1 and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) has incurred loss or damage.

2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:
- (a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 - (b) the notice of arbitration is accompanied,
 - (i) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(a), by the claimant's written waiver, and
 - (ii) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers
- of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

4. (a) No claim may be submitted to arbitration:
- (i) for breach of an investment authorization under Article 10.16.1(a)(i)(B) or Article 10.16.1(b)(i)(B), or
 - (ii) for breach of an investment agreement under Article 10.16.1(a)(i)(C) or Article 10.16.1(b)(i)(C),
- if the claimant (for claims brought under 10.16.1(a)) or the claimant or the enterprise (for claims brought under 10.16.1(b)) has previously submitted the same alleged breach to an administrative tribunal or court of the respondent, or to any other binding dispute settlement procedure.
- (b) For greater certainty, if a claimant elects to submit a claim of the type described in subparagraph (a) to an administrative tribunal or court of the respondent, or to any other binding dispute settlement procedure, that election shall be definitive, and the claimant may not thereafter submit the claim to arbitration under Section B.

68. The Tribunal must interpret these provisions in accordance with the rules of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ("**VCLT**"). The provisions of the Treaty "shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose" (VCLT, Article 31(1)).

69. For the purposes of interpretation, the "context" comprises the text, the preamble of the Treaty and its Annexes as well as the matters set out in Article 31(1)(a) and (b) of the VCLT. Furthermore, the Tribunal must "take into account, together with context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions..." (VCLT, Article 31(3)).

70. The VCLT provides that the Tribunal may have recourse to “supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”. Neither Party has referred to relevant parts of the *travaux préparatoires* in relation to the issues which arise for consideration.

C. Background: Waiver as a Precondition to the Existence of a Valid Arbitration Agreement and the Tribunal’s Jurisdiction

71. It is axiomatic that the Tribunal’s jurisdiction must be founded upon the existence of a valid arbitration agreement between Renco and Peru. Under the Treaty, an arbitration agreement is formed when an investor accepts Peru’s standing offer to arbitrate claims by submitting a claim to arbitration in accordance with the requirements set forth in Section B of Chapter 10 of the Treaty. Peru’s consent to arbitrate and “the submission of a claim to arbitration under [Section B]” are deemed to satisfy the requirements of a written arbitration agreement for the purposes of, *inter alia*, Article II of the New York Convention (see Article 10.17(2)).
72. The Treaty establishes several important conditions and limitations on Peru’s consent to arbitrate claims under the Treaty. This is made clear by the title to Article 10.18 (“Conditions and Limitations on Consent of Each Party”). Under Article 10.18(2), “no claim may be submitted to arbitration” under Section B unless:
- (a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 - (b) the notice of arbitration is accompanied,
 - (i) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(a), by the claimant’s written waiver, and
 - (ii) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(b), by the claimant’s and the enterprise’s written waiversof any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16.
73. Accordingly, an arbitration agreement will be formed under the Treaty *only* if the investor satisfies the *formal* and *material* waiver requirements of Article 10.18(2)(b). This is so because compliance with Article 10.18(2) is a condition and limitation upon

Peru's consent to arbitrate. Article 10.18(2) contains the terms upon which Peru's non-negotiable offer to arbitrate is capable of being accepted by an investor. Compliance with Article 10.18(2) is therefore an essential prerequisite to the existence of an arbitration agreement and hence the Tribunal's jurisdiction.⁵

74. In terms of compliance with the *formal* requirement, an investor's waiver must be given in writing and it must be "clear, explicit and categorical". As emphasized by the tribunal in *Waste Management (No I)*.⁶

The act of waiver *per se* is a unilateral act, since its effect in terms of extinguishment is occasioned solely by the intent underlying same. The requirement of a waiver in any context implies a voluntary abdication of rights, inasmuch as this act generally leads to a substantial modification of the pre-existing legal situation, namely, the forfeiting or extinguishment of the right. Waiver thus entails exercise of the power of disposal by the holder thereof in order to bring about this legal effect.

Whatever the case, any waiver must be clear, explicit and categorical, it being improper to deduce same from expressions the meaning of which is at all dubious.

On the basis of the foregoing, any waiver submitted pursuant to the provisions of NAFTA Article 1121(2)(b) must, depending upon the petition or request filed, be clear in all its terms with regard to abdication of given rights by the party proposing to make said waiver.

75. Arbitral tribunals which have been called upon to interpret the validity of waivers submitted by investors have repeatedly held that a waiver is invalid if an investor purports to carve out from its scope certain domestic court proceedings which cover the same ground as the measures being challenged in arbitration. For example, in *Waste Management (No I)* the claimant's waiver stated as follows:

This waiver does not apply, however, to any dispute settlement proceedings involving allegations that Respondent has violated duties imposed by other sources of law, including the municipal law of Mexico.

Without derogating from the waiver required by NAFTA Article 1121, Claimants here set forth their understanding that the above waiver does not apply to any dispute settlement proceedings involving allegations that Respondent has violated duties

⁵ See *Commerce Group Corp v The Republic of El Salvador* ICSID Case No. ARB/09117, Award, March 14, 2011 ¶ 115 (interpreting Article 10.18 of CAFTA-DR Treaty: "[i]f the waiver is invalid, there is no consent. The Tribunal, therefore, does not have jurisdiction over the Parties' CAFTA dispute"). See also *Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, CAFTA Article 10.20.5, November 17, 2008 ¶ 56 ("Only if' and 'unless' have the same meaning and, whether the term 'precedent' is used or not, the conditions set forth in Article 10.18 need to be met before the consent of the Respondent to arbitration is perfected").

⁶ *Waste Management Inc v United Mexican States (No I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, June 2, 2000 ¶ 18.

imposed by sources of law other than Chapter Eleven of NAFTA, including the municipal law of Mexico.

76. The arbitral tribunal concluded that the claimant had “issued a statement of intent different from that required in a waiver pursuant to NAFTA Article 1121”. As a result, the tribunal concluded that the waiver was invalid and therefore that the tribunal lacked jurisdiction.⁷

D. The Validity of Renco’s Waiver and Reservation of Rights

77. Against the background set out above, the Tribunal now turns to consider whether Renco’s waiver complies with the formal requirements of Article 10.18(2)(b).

(1) Express Terms of Article 10.18(2)(b)

78. In accordance with Article 10.18(2)(b), in order to engage Peru’s consent to arbitrate under the Treaty, Renco must submit a written waiver:

of *any* right to initiate or continue before *any* administrative tribunal or court under the law of *any* Party, or other dispute settlement procedures, *any* proceeding with respect to *any* measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16

(emphasis added).

79. In the Tribunal’s opinion, the repeated references to the word “any” in Article 10.18 demonstrate that an investor’s waiver must be comprehensive: waivers qualified in any way are impermissible.
80. Renco has purported to qualify its written waiver by reserving its right to bring claims in another forum for resolution on the merits if this Tribunal were to decline to hear any claims on jurisdictional or admissibility grounds.
81. In the Tribunal’s opinion, this qualification is not permitted by the express terms of Article 10.18(2)(b). The only express exception to the waiver requirement set out in Article 10.18(2)(b) is for proceedings seeking “interim injunctive relief and [which do] not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative

⁷ *Waste Management Inc v United Mexican States (No I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, June 2, 2000 ¶¶ 31-32.

tribunal of the respondent” (Article 10.18(3)). It is common ground that this exception does not apply here.

82. In the considered judgment of this Tribunal, the term “any proceeding” in Article 10.18(2)(b) must be interpreted to cover proceedings which are or may be “initiated or continued” either:

- (a) At the time the notice of arbitration is filed;
- (b) During the pendency of the arbitration; and/or
- (c) After the arbitration has concluded, whether or not the investor’s claims are dismissed on jurisdictional or admissibility grounds or on the merits.

83. The Tribunal considers that this interpretation is clear from the ordinary meaning of the words “any proceeding” in Article 10.18(2)(b). There is no basis in the text of the Treaty for qualifying the temporal scope of the “proceeding[s]” in respect of which a written waiver must be provided, for example by excluding future proceedings which may be “initiated” by an investor if the Tribunal were to decide that it lacked jurisdiction or that Renco’s claims were inadmissible.

(2) *Object and Purpose of Article 10.18(2)(b)*

84. The Tribunal’s interpretation of Article 10.18(2)(b) is consistent with the object and purpose of the waiver provision. Renco, Peru and the United States all agree that the object and purpose of Article 10.18(2)(b) is to protect a respondent State from having to litigate multiple proceedings in different fora relating to the same measure, and to minimise the risk of double recovery and inconsistent determinations of fact and law by different tribunals.⁸

85. Investment tribunals have concluded that the comparable waiver provision in Article 1121 of NAFTA has a similar object and purpose. For example:

- (a) In *Waste Management Inc v United Mexican States (No I)*, the tribunal held that “when both legal actions [parallel domestic and NAFTA claims] have a

⁸ Memorial on Waiver ¶ 2; Counter-Memorial on Waiver ¶ 56; Second Submission of the United States of America ¶ 5.

legal basis derived from the same measures, they can no longer continue simultaneously in light of the imminent risk that the Claimant may obtain the double benefit in its claim for damages. This is precisely what NAFTA Article 1121 seeks to avoid”.⁹

- (b) In *Waste Management Inc v United Mexican States (No II)*, the tribunal held that “[n]o doubt the concern of the NAFTA parties in inserting Article 1121 was to achieve finality of decision and to avoid multiplicity of proceedings”.¹⁰
- (c) In *International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States*, the tribunal observed that “[t]he consent and waiver requirements set forth in Article 1121 serve a specific purpose, namely to prevent a party from pursuing concurrent domestic and international remedies, which could either give rise to conflicting outcomes (and thus legal uncertainty) or lead to double redress for the same conduct or measure”.¹¹

- 86. Renco submits that its reservation of rights does not undermine the object and purpose of Article 10.18(2)(b) because if the Tribunal were to dismiss all claims on jurisdictional or admissibility grounds there would be no risk of concurrent proceedings, double recovery or inconsistent findings of fact or law.
- 87. The Tribunal cannot accept Renco’s submission. The burden and risk of a multiplicity of proceedings arises whether or not the proceedings are commenced in parallel or sequentially. The fact that one set of proceedings terminates, and another set then commences, may be just as prejudicial to the respondent State as two sets of proceedings running in parallel.
- 88. Renco’s argument also overlooks the possibility that only some of its claims may be dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. If Renco then chose to litigate

⁹ *Waste Management Inc v United Mexican States (No I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, June 2, 2000 ¶ 27.3.

¹⁰ *Waste Management Inc v United Mexican States (No II)* ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Decision of the Tribunal concerning Mexico’s Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, June 26, 2002 ¶ 27.

¹¹ *International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States* Ad-hoc UNCTRAL, Award, January 26, 2006 ¶ 118. See also *Detroit International Bridge Company v Government of Canada*, PCA Case No. 2012-25, Article 1128 Submission of the United States of America, February 14, 2014 ¶ 6 (“This construction of the phrase is consistent with the purpose of the waiver provision: to avoid the need for a Respondent to litigate concurrent and overlapping proceedings in multiple forums, and to minimize not only the risk of double recovery, but also the risk of “conflicting outcomes (and thus legal uncertainty)”.)

the dismissed claims in a domestic court or tribunal, while at the same time pursuing the remaining claims before this Tribunal, Peru would be forced to litigate concurrent proceedings before a domestic court and before this Tribunal. In this scenario, the respondent State would confront a multiplicity of proceedings. There is also a risk that Renco may recover twice for the same damage and/or that the domestic court or tribunal may reach conflicting findings of fact or law. In the Tribunal's opinion, Article 10.18(2)(b) is designed to avoid these risks from eventuating.

(3) *“No U-turn” Structure of Article 10.18(2)(b)*

89. Peru submits that Renco's reservation of rights is also incompatible with the “no U-turn” structure of Article 10.18(2)(b). The United States, in its Second Submission as a non-disputing Party, agrees with Peru that Article 10.18(2)(b) is a “no U-turn” waiver provision”. As such, so it is argued, Article 10.18(2)(b) is designed to encourage investors to investigate possible remedies within the host state's municipal law before seeking to internationalise their dispute by filing a notice of arbitration under the Treaty. However, once an investor has chosen to invoke the dispute settlement provisions in the Treaty, the waiver requirement prevents an investor from subsequently returning to a domestic court, irrespective of the outcome of the arbitration.
90. Renco disagrees with Peru's and the United States' interpretation. Renco argues that an investor may not perform a U-turn once it has received a determination on the merits from an arbitral tribunal but, until that point is reached, the investor may pursue claims in a domestic court which have been dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. Renco also points out that the object and purpose of Article 10.18(2)(b) cannot be to encourage investors to investigate possible remedies in the domestic courts because the Treaty includes a “fork in the road” provision.
91. Renco is correct to point out that, under Article 10.18(4) of the Treaty, an investor is prevented from submitting an investment agreement claim to arbitration if the claimant or its enterprise “has previously submitted the same alleged breach to an administrative tribunal or court of the respondent, or to any other binding dispute settlement procedure”. Article 10.18(4)(b) provides as follows:

For greater certainty, if a claimant elects to submit a claim of the type described in subparagraph (a) to an administrative tribunal or court of the respondent, or to any other binding dispute settlement procedure, that election shall be definitive, and the claimant may not thereafter submit the claim to arbitration under Section B.

92. Annex 10-G of the Treaty also contains a “fork in the road” provision for Section A obligations (for example, the prohibition against expropriation without compensation in Article 10.7 and the fair and equitable treatment obligation in Article 10.5). Paragraph (1) of Annex 10-G provides that “[a]n investor of the United States may not submit to arbitration under Section B a claim that a Party has breached an obligation under Section A ... if the investor or the enterprise, respectively, has alleged that breach of an obligation under Section A in proceedings before a court or administrative tribunal of that Party”. Paragraph (2) of Annex 10-G provides as follows:

For greater certainty, if an investor of the United States elects to submit a claim of the type described in paragraph 1 to a court or administrative tribunal of a Party other than the United States, that election shall be definitive, and the investor may not thereafter submit the claim to arbitration under Section B.

93. The Tribunal observes that, unlike Article 10.18(4)(b) and paragraph (2) of Annex 10-G, Article 10.18(2)(b) does not explicitly provide that an investor’s election to submit a claim to arbitration “shall be definitive” and that the investor “may not thereafter” submit its claim to a court or administrative tribunal.
94. However, in the Tribunal’s opinion, the absence of such language does not assist Renco’s argument. Article 10.18(2) sets out the requirements which must be satisfied as part of the submission of a claim to arbitration: in particular, the formal requirement of the provision of a written waiver. Article 10.18(2) does not address the effect of commencing proceedings before another forum, and so there is simply no place for the phrase “shall be definitive” which is found in Article 10.18(4) and Annex 10-G.
95. In any event, Article 10.18(2) does provide, in effect, that the investor “may not thereafter submit its claim to a domestic court” by insisting upon a written waiver of “*any* right to initiate or continue before *any* [forum] *any* proceeding with respect to *any* measure alleged to constitute a breach...” (emphasis added). In the Tribunal’s opinion, this language must be interpreted to require an investor definitively and irrevocably to waive all rights to pursue claims before a domestic court or tribunal.

96. The Tribunal accepts the submission of Peru and the United States that Article 10.18(2)(b) is a “no U-turn” provision which is intended to provide flexibility, by allowing recourse to other fora up to a point, and certainty, by prohibiting any such recourse thereafter. In particular, it prevents an investor from returning to a domestic court after submitting its claims to arbitration. Renco’s reservation of rights is incompatible with this “no U-turn” structure because it purports to reserve Renco’s right to initiate subsequent proceedings in a domestic court and perform the very “U-turn” which Article 10.18(2)(b) is designed to prohibit.
97. Support for this interpretation of Article 10.18(2)(b) can be derived from the decision of the arbitral tribunal in *Waste Management II*.¹² The claimant’s original waiver was held to be invalid by a previous arbitral tribunal constituted under NAFTA because it purported to exclude certain proceedings from its scope which the claimant had continued to litigate in the domestic courts. The claimant then filed a new NAFTA proceeding, accompanied by an unequivocal waiver of the domestic proceedings. The respondent State argued that the first unsuccessful NAFTA proceeding prevented the claimant from bringing any further claim with respect to the measures that were alleged to be in contravention of NAFTA.
98. The arbitral tribunal found that the claimant was not prevented from bringing a second claim before the second NAFTA tribunal. In the course of its decision, the tribunal made a number of important findings, the first of which appears at paragraph 31 of the decision. The tribunal held as follows:

[I]t seems that the waiver contemplated by Article 1121(1)(b) is definitive in its effect, whatever the outcome of the arbitration. The waiver concerns the right “to initiate or continue” domestic proceedings for damages or similar relief. A dismissal of the NAFTA claim would, it seems, be final not only with respect to NAFTA itself but also any domestic proceedings with respect to the measure of the disputing Party that was alleged to be a breach of NAFTA. Such proceedings may not be initiated or continued (except as permitted by Article 1121) at any time after the claim has been submitted to arbitration. (emphasis added)

99. Article 1121 of NAFTA is drafted in similar terms to Article 10.18(2)(b) of the Treaty. The Tribunal is satisfied that the same interpretation should be given to Article 10.18(2)(b). Once a valid waiver has been given under Article 10.18(2)(b), the waiver

¹² *Waste Management Inc v United Mexican States* ICSID Case No ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal concerning Mexico’s Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, June 27, 2002 (“*Waste Management II*”).

is irrevocable. A claimant may not thereafter “initiate” any subsequent proceedings in a domestic forum in respect of the same measure. The waiver required by Article 10.18(2)(b) is intended to operate as a “once and for all” renunciation of all rights to initiate claims in a domestic forum, whatever the outcome of the arbitration (whether the claim is dismissed on jurisdictional or admissibility grounds or on the merits).

100. Renco argues that it would be contrary to the object and purpose of the dispute resolution procedures contained in Chapter 10 of the Treaty to require it to waive its right to initiate subsequent proceedings in a domestic court if its claim were dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. In Renco’s submission, the purpose of Chapter 10 of the Treaty is to create “effective procedures” for the resolution of disputes. This purpose would be frustrated if Renco were not able to have its dispute resolved in any forum. In this regard, Renco relies on paragraph 35 of the *Waste Management II* decision, where the tribunal held as follows:

An investor in the position of the Claimant, who had eventually waived any possibility of a local remedy in respect of the measure in question but found that there was no jurisdiction to consider its claim at the international level either, might be forgiven for doubting the effectiveness of the international procedures. The Claimant has not had its NAFTA claim heard on the merits before any tribunal, national or international; and if the Respondent is right, that situation is now irrevocable. Such a situation should be avoided if possible.

101. The tribunal’s findings in *Waste Management II* must be placed in context. The tribunal was responding to an argument that the claimant only had one chance to present its claim before the first NAFTA tribunal. In other words, the respondent State argued that because the claimant’s original waiver was invalid, the claimant could not start a second arbitration even if it was accompanied by a valid waiver.
102. The tribunal held that the respondent State’s argument was contrary to the purpose of the dispute resolution procedure in NAFTA, which was designed to create effective procedures for the resolution of disputes. If the respondent State’s argument had prevailed, the claimant would have had no forum in which to seek a resolution of its dispute because it had waived its rights to pursue a claim at the domestic level.
103. Renco argues that it should be entitled to litigate its claims in a domestic forum if they are dismissed by this Tribunal on jurisdictional or admissibility grounds. In *Waste Management II*, the claimant was attempting to litigate before two separate

NAFTA tribunals. The claimant was not seeking to return to a domestic forum after the first NAFTA tribunal dismissed the claim for lack of jurisdiction. Accordingly, the *Waste Management II* decision cannot be invoked in aid of Renco's submission that it is not required to waive rights to pursue a claim in a domestic forum.

104. Renco's next argument is that if its claims are dismissed for lack of jurisdiction or admissibility, any such dismissal does not affect Renco's underlying rights. In such a case, there has been no determination of Renco's claims "on the merits" and therefore the principle of *res judicata* does not apply. Renco relies on paragraph 36 of the *Waste Management II* decision, where the tribunal held as follows:

Neither does a claim which fails for want of jurisdiction prejudice underlying rights: if the jurisdictional flaw can be corrected, there is in principle no objection to the claimant re-commencing its action. This applies equally to claims which fail on (remediable) grounds of inadmissibility, such as failure to exhaust local remedies.

105. Renco also argues that a dismissal based on lack of jurisdiction or inadmissibility does not preclude a later claim before a tribunal which has jurisdiction. In support of this submission, Renco cites paragraph 43 of *Waste Management II*, where the tribunal held as follows:

Thus there is no doubt that, in general, the dismissal of a claim by an international tribunal on grounds of lack of jurisdiction does not constitute a decision on the merits and does not preclude a later claim before a tribunal which has jurisdiction. The same is true of decisions concerning inadmissibility ... The point is simply that a decision which does not deal with the merits of the claim, even if it deals with issues of substance, does not constitute *res judicata* as to those merits.

106. In the Tribunal's opinion, Renco's argument fails to address the underlying question of whether Article 10.18(2)(b) *requires* an investor to waive its rights to pursue a subsequent claim in a domestic forum if the claim is dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. Whether a subsequent claim may or may not be precluded by principles of *res judicata* is an entirely separate question.

107. The Tribunal has already determined that Article 10.18(2)(b) is a "no U-turn" provision such that an investor may not subsequently initiate domestic proceedings if a claim is dismissed, whether on jurisdictional or admissibility grounds or on the merits. Accordingly, the fact that principles of *res judicata* might not preclude a later claim is beside the point.

(4) *Reservation as “superfluous”*

108. Renco has argued that its reservation of rights should have no effect on the validity of its waiver because the language is “superfluous”. In Renco’s submission, the reservation of rights is merely a “belt and braces” provision of the kind that is regularly included in legal documents.
109. Responding to this argument at the oral hearing, counsel for Peru referred to a number of hypothetical scenarios where a claim could be dismissed on jurisdictional or admissibility grounds but where a waiver (without the reservation of rights) might still prevent a subsequent claim in a domestic court or tribunal. Each of these scenarios is discussed in turn below.
110. *Scenario 1: Where a claim is dismissed on jurisdictional or admissibility grounds for reasons of illegality.* Peru refers by way of example to *Metal-Tech v Uzbekistan* where the tribunal held that it lacked jurisdiction because the claimant’s investment was tainted by illegality.¹³ If Renco’s reservation of rights were upheld in a hypothetical scenario of this kind, Peru submits that it would not be able to invoke a waiver containing Renco’s reservation of rights to bar any subsequent claim in a domestic court because the claim was only dismissed on jurisdictional grounds. This could be extremely significant, and indeed extremely burdensome for Peru, since the practical result could be a full re-hearing of all issues that had previously been heard and determined in the arbitration. Peru submits that it should be entitled to rely on a clean waiver without the reservation of rights, rather than having to re-litigate the issue of whether there was illegal conduct or argue that the prior award created a *res judicata* on this issue.
111. Significantly, Renco concedes that “if a domestic forum were available to the claimant in *Metal-Tech* to assert those dismissed treaty claims or claims under domestic law regarding the underlying measures, the waiver requirement under the US-Peru TPA per se would not bar those claims”.¹⁴ In the Tribunal’s opinion, Renco’s concession demonstrates that its reservation of rights is in fact not superfluous. The Tribunal stresses that no allegation or suggestion of corruption,

¹³ *Metal-Tech Ltd v Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, October 4, 2013 ¶¶ 372, 423.

¹⁴ Renco’s Letter to the Tribunal dated September 23, 2015 at 2.

fraud or illegality has been made against Renco in this arbitration. However, the hypothetical scenario referred to by Peru shows quite clearly that a respondent State may be prejudiced by a reservation of rights of the kind that Renco has included in its waiver because the respondent State may be deprived of a potential waiver defence in any subsequent domestic proceeding.

112. Renco goes on to argue that if “the bribery or other illegality finding [by the investment tribunal] were not a bar to those claims in that domestic forum, or if another claim regarding the same or related measures were available to the claimant (for example, unjust enrichment regarding the benefits that a State obtained under a contract that is subsequently voided), that domestic forum could proceed to rule on the merits of the claims dismissed in the investment arbitration”.¹⁵
113. In the Tribunal’s opinion, Renco’s submission illustrates again why Renco’s reservation of rights is not superfluous. If an investor were to advance a subsequent claim in a domestic court relying on principles of unjust enrichment, the respondent State might not be able to rely on *res judicata* principles to bar the subsequent claim.¹⁶ The respondent State may also be deprived of a potential waiver defence in any subsequent domestic proceeding because the reservation of rights excludes claims which were dismissed for lack of jurisdiction or inadmissibility.
114. *Scenario 2: Where a claim is dismissed on jurisdictional or admissibility grounds but the tribunal, having heard the complete case, indicates the claim would have failed on the merits.* Peru refers by way of example to *Loewen v United States of America* where a bankruptcy and reorganisation led to a change in the investor’s nationality which deprived the tribunal of jurisdiction. This fact did not come to light until after a full and extensive hearing on the merits. Nevertheless, having conducted a full hearing, and having progressed so far in its deliberations, the tribunal indicated (in an *obiter dictum*) that the claim would have failed on the merits.¹⁷ There are many

¹⁵ Ibid.

¹⁶ For example, there may be a lack of identity between the parties, cause of action and/or subject matter of the subsequent domestic claim and the earlier investment arbitration claim. In this scenario, a complete waiver without the reservation could potentially still bar the reformulated domestic claim.

¹⁷ *The Loewen Group Inc and Raymond L Loewen v United States of America* ICSID Case No ARB(AF)/98/3, Award, June 26, 2003 ¶ 2 (“As our consideration of the merits of the case was well advanced when Respondent filed this motion to dismiss and as we reached the conclusion that Claimants’ NAFTA claims should be dismissed on the merits, we include in this Award our reasons for this conclusion. As will appear, the conclusion rests on the Claimants’ failure to show that Loewen had no reasonably available and

other similar examples, including *Methanex v USA*.¹⁸ In each case, claims were dismissed on jurisdiction or admissibility grounds, but following a full hearing and full deliberations, such that the tribunal was able to set out the reasons why the claims would have failed on their merits in any event. And in each case, if Renco's reservation of rights were upheld, Peru submits that the respondent State would not be able to rely on the waiver in order to bar any subsequent action on the same claims, because the claim was only dismissed on jurisdictional or admissibility grounds. Peru submits that a respondent State should be entitled to invoke the waiver as a defence to the subsequent claim in such a situation, and thereby avoid a complete re-hearing of the entire case.

115. *Scenario 3: Where an expropriation claim is held to be inadmissible because it is plainly unarguable.* Peru refers by way of example to *Occidental v Ecuador* where the tribunal found it was so evident that there was no expropriation that it disposed of this claim on the basis that it was inadmissible.¹⁹ The tribunal also found a breach of the fair and equitable treatment and national treatment standards. Peru asked the Tribunal to assume that both of these claims had been dismissed. In this hypothetical scenario, the claimant could not re-litigate the fair and equitable treatment or national treatment breaches because these were dismissed on the merits. But Peru submits that, were Renco's reservation of rights in its waiver to be permitted, the even-more-unmeritorious expropriation claim that did not make it to the merits (because it was plainly unarguable) could potentially be re-litigated

adequate remedy under United States municipal law in respect of the matters of which it complains, being matters alleged to be violations of NAFTA").

¹⁸ *Methanex Corp v USA*, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug 3, 2005, Part IV – Ch.F ¶¶5-6 (“By virtue of the Tribunal's decision above on the Disputing Parties' respective cases under Article 1101 NAFTA, it follows that the Tribunal has no jurisdiction to decide the merits of Methanex's claims... By virtue of the Tribunal's decisions above on the Disputing Parties' respective cases under Article 1102, 1105 and 1110 NAFTA, it follows that Methanex's claims fail on the merits. Accordingly, assuming that the Tribunal had jurisdiction to determine the claims advanced by Methanex in its Second Amended Statement of Claim, the Tribunal decides, pursuant to Article 21(4) of the UNCITRAL Rules and Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA, to dismiss on their merits all claims there advanced by Methanex”).

¹⁹ *Occidental Exploration & Production Co v The Republic of Ecuador* (LCIA Case No UN3467), Final Award dated July 1, 2004, ¶¶ 80, 89, 92 (“A claim of expropriation should normally be considered in the context of the merits of a case. However, it is so evident that there is no expropriation in this case that the Tribunal will deal with this claim as a question of admissibility ... The Tribunal holds that the Respondent in this case did not adopt measures that could be considered as amounting to direct or indirect expropriation. In fact, there has been no deprivation of the use or reasonably expected economic benefit of the investment, let alone measures affecting a significant part of the investment ... The Tribunal accordingly holds that the claim concerning expropriation is inadmissible”).

because the waiver would not apply to claims that were dismissed on the basis that they were inadmissible.

116. *Scenario 4: Where a tribunal holds that it lacks jurisdiction over a claim concerning a breach of an Investment Agreement.* Peru observes that in this arbitration Renco has argued that several of Peru's objections to Renco's investment agreement claims under Article 10.20(4) are jurisdictional objections, namely Peru's objections that:

- (a) Peru has not breached the Stock Transfer Agreement because Peru is not party to that Agreement;
- (b) Peru has not breached the Guaranty Agreement because it is void under Peruvian law; and
- (c) Renco has failed to submit factual issues to a technical expert.

117. If Renco's reservation were upheld, Peru submits that it may not be able to rely on Renco's waiver in order to bar any subsequent claim based on the Stock Transfer or the Guaranty Agreement because the claims may have been dismissed on jurisdictional grounds. Peru submits that it should not be forced to make the same arguments about being a non-signatory to the Stock Transfer Agreement, or about the Guaranty Agreement being void under Peruvian law or about Renco having failed to submit factual issues to a technical expert. Peru submits that it should be entitled to invoke a waiver to preclude such claims, and a re-hearing before some other forum.

118. Renco and Peru both agree that the Tribunal should refrain from making a determination as to whether Renco's waiver would in fact prevent Renco from initiating a claim in a subsequent court or tribunal.²⁰ The Tribunal accepts that this is a question for any subsequent court or tribunal to determine. For present

²⁰ Renco's Letter to the Tribunal dated September 23, 2015 at 8; Hearing Transcript at p. 45 (Counsel for Peru, Ms Menaker): "But that question as to whether its waiver would bar that future claim from going forward must be resolved by that future court or Tribunal that is seized with that claim. That's not an issue that should be negotiated with Peru now, and it's certainly not an issue for this Tribunal to decide", citing *Canfor Corp v United States of America*, *Terminal Forest Products Ltd v United States of America and Tembec et al v United States of America*, Order for the Termination of the Arbitral Proceedings, January 10, 2006 ¶ 1.3.

purposes, the Tribunal simply observes that the hypothetical scenarios set out above demonstrate that Renco's reservation of rights is not "superfluous", as Renco contends. If Renco's reservation of rights were held to be valid and permissible under Article 10.18(2)(b), Peru could in each of the above scenarios be deprived of a potential waiver defence.

(5) *Conclusion*

119. For the reasons set out above, the Tribunal concludes that Renco has failed to comply with the formal requirements of Article 10.18(2)(b) by including the reservation of rights in the waiver accompanying its Amended Notice of Arbitration because:

- (a) The reservation of rights is not permitted by the express terms of Article 10.18(2)(b);
- (b) The reservation of rights undermines the object and purpose of Article 10.18(2)(b);
- (c) The reservation of rights is incompatible with the "no U-turn" structure of Article 10.18(2)(b); and
- (d) The reservation of rights is not superfluous.

E. The Consequence of Renco's Non-compliance with Article 10.18(2)(b)

(1) *Overview*

120. Having decided that Renco's waiver failed to comply with the formal requirements of Article 10.18(2)(b) of the Treaty, the Tribunal now turns to the question of what consequence should follow from this determination.

121. For its part, Peru submits that as a result of Renco's non-compliance with Article 10.18(2)(b) the Tribunal must dismiss Renco's claims for lack of jurisdiction. Renco contends otherwise and maintains that Peru's waiver objection should be dismissed.

122. At the outset, the Tribunal wishes to record the following observations which inform the Tribunal's approach to the ultimate disposition of the issue before it.

123. The Tribunal has been troubled by the manner in which Peru's waiver objection has arisen in the context of this arbitration. The arbitration had already been on foot for quite some time before Peru filed its Memorial on Waiver in July 2015. By this stage over four years had passed since Renco filed its Notice of Arbitration; the Tribunal had already issued Procedural Order No.1 which recorded the agreed briefing schedule for the arbitration; Renco had filed its Memorial on Liability; the Parties had exchanged voluminous submissions in connection with Renco's challenge to the scope of Peru's Preliminary Objections; and the Tribunal had issued a substantive decision on December 18, 2014 in relation to the Scope of Peru's Preliminary Objections under Article 10.20(4). Clearly, it would have been preferable for all concerned if Peru had raised its waiver objection in a clear and coherent manner at the very outset of these proceedings. Instead, they emerged piecemeal over a relatively lengthy period of time. This issue is considered further at paragraphs 180-183 below.
124. Against this background, the Tribunal has found the issue of Renco's non-compliance with Article 10.18(2)(b) to be extremely difficult to resolve, requiring extensive and intensive deliberations by the Tribunal over many months. This is not only because the issues raised by the Parties are inherently complex, but also because of the severe consequences which would follow for Renco if Peru's plea for dismissal were to be accepted by the Tribunal.
125. Despite the Tribunal's misgivings about the manner in which Peru's waiver objection was raised, the Tribunal has concluded that it is compelled by its mandate to reach a principled decision as to the consequences of Renco's non-compliance with Article 10.18(2)(b).
126. In the process of reaching its decision in this case the Tribunal has given careful consideration to a range of arguments which might weigh against dismissal of Renco's claims in these proceedings. These include:
- (a) Whether Renco should be permitted to cure its defective waiver by withdrawing the reservation of rights;
 - (b) Whether the Tribunal can sever the reservation of rights so as to decide that Renco's waiver complies with Article 10.18(2)(b); and

- (c) Whether Peru's arguments and conduct in relation to its waiver objection constitutes an abuse of rights.

Each is discussed in turn below.

(2) *Cure*

127. Renco submits that its waiver only suffers from a defect in "form" and that it should be entitled to cure this defect by withdrawing the reservation of rights or presenting a new waiver without the reservation of rights. Renco observes that this course of action would cause no prejudice to Peru because Renco has not committed any material breach of the waiver requirement in Article 10.18(2)(b).
128. Renco submits that investment tribunals have allowed parties to cure "formal" (as opposed to "material") defects in their written waivers. Renco refers to *Ethyl Corporation v Government of Canada*, where the claimant's waiver was filed together with the statement of claim rather than with the notice of arbitration. The tribunal held that Canada suffered no prejudice as a result of the fact that the waiver was provided late. The delay was "not of significance for jurisdiction in this case".²¹
129. Renco also relies on *International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States*, where the facts were the same as in *Ethyl*. The tribunal held that the delay in the provision of the investor's waiver was a mere formal defect, which did not deprive the Tribunal of jurisdiction.²²

Although Thunderbird failed to submit the relevant waivers with the Notice of Arbitration, Thunderbird did proceed to remedy that failure by filing those waivers with the [Particularised Statement of Claim]. The Tribunal does not wish to disregard the subsequent filing of those waivers, as to reason otherwise would amount, in the Tribunal's view, to an over-formalistic reading of Article 1121 of the NAFTA. The Tribunal considers indeed that the requirement to include the waivers in the submission of the claim is purely formal, and that a failure to meet such requirement cannot suffice to invalidate the submission of a claim if the so-called failure is remedied at a later stage of the proceedings. The Tribunal joins the view of other NAFTA Tribunals that have found that Chapter Eleven provisions should not be construed in an excessively technical manner.

²¹ *Ethyl Corporation v Government of Canada* NAFTA/UNCITRAL Case, Award on Jurisdiction, June 24, 1998 ¶¶ 89, 91.

²² *International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States*, Ad-hoc UNCTRAL, Award, January 26, 2006 ¶¶ 116-118.

In construing Article 1121 of the NAFTA, one must also take into account the rationale and purpose of that article. The consent and waiver requirements set forth in Article 1121 serve a specific purpose, namely to prevent a party from pursuing concurrent domestic and international remedies, which could either give rise to conflicting outcomes (and thus legal uncertainty) or lead to double redress for the same conduct or measure. In the present proceedings, the Tribunal notes that the EDM entities did not initiate or continue any remedies in Mexico while taking part in the present arbitral proceedings. Therefore, the Tribunal considers that Thunderbird has effectively complied with the requirements of Article 1121 of the NAFTA.

130. Renco observes that these decisions are consistent with numerous holdings of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, which routinely allow “formal” jurisdictional defects to be cured during a proceeding. Renco submits that outright dismissal of Renco’s claims would require the Tribunal to construe the waiver requirement in Article 10.18(2)(b) in an excessively technical manner. In Renco’s submission, this would be fundamentally unjust and would not further the object and purpose of the waiver requirement itself.
131. Renco submits that if it were to submit a new claim to arbitration (accompanied by a new waiver without the reservation of rights) Peru may argue that Renco’s claims may be barred by the three-year limitation period in Article 10.18(1) of the Treaty. However, if the Tribunal were to allow Renco to cure the defect by withdrawing the reservation of rights, the Tribunal should treat Renco as having complied with the waiver requirement in Article 10.18(2) from the outset of this arbitration.
132. In response, Peru submits that the Tribunal is not empowered to grant Renco an opportunity to cure its waiver. In support of this submission, Peru relies on *Railroad Development Corp v Republic of Guatemala*. In this case, the tribunal found that the claimant did not comply with the material requirement of the waiver obligation because it continued to litigate overlapping domestic proceedings after commencing the arbitration. The tribunal refused to allow the claimant to cure this defect by withdrawing the domestic proceedings. The tribunal held as follows:²³

This being a matter pertaining to the consent of the Respondent to this arbitration, the Tribunal has no jurisdiction without the agreement of the parties to grant the Claimant an opportunity to remedy its defective waiver. It is for the Respondent and not the Tribunal to waive a deficiency under Article 10.18 or to allow a defective waiver to be remedied, as the United States did in *Methanex*.

²³ *Railroad Development Corp v Republic of Guatemala* CAFTA-DR/ICSID Case No ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5, November 17, 2008 ¶ 61.

133. Peru also relies on the following submission of the United States Government in this arbitration:²⁴

The discretion whether to permit a claimant to either proceed under or remedy an ineffective waiver lies with the respondent as a function of the respondent's general discretion to consent to arbitration.²⁵ Therefore, while a tribunal may determine whether a waiver complies with the requirements of Article 10.18, a tribunal itself cannot remedy an ineffective waiver. Accordingly, a claim can be submitted, and the arbitration can properly commence, only if a claimant submits an effective waiver. The date of the submission of an effective waiver is the date on which the arbitration commences for purposes of Article 10.18.1.

134. Peru agrees with the submissions of the United States Government cited above. Therefore, Peru contends that there is a "subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" for the purposes of Article 31(3)(a) of the VCLT. Peru submits that only it may waive Renco's non-compliance with the formal requirement of Article 10.18. In this case, Peru has not agreed to disregard Renco's waiver violation.

135. In evaluating these contentions, the Tribunal recalls its earlier observation that Article 10.18(2)(b) comprises two distinct elements, namely a *formal* and a *material* requirement. Compliance with *both* elements is a precondition to Peru's consent to arbitrate and to the existence of a valid arbitration agreement. Renco failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2)(b) by including the reservation of rights in its waiver. The fact that it has complied with the (different) *material* requirement is beside the point.

136. Equally, given the clear and specific nature of the pre-conditions to consent in Art 10.18(2), *formal* invalidity is as critical as *material* invalidity. There is certainly no clear basis to downgrade *formal* compliance, or discount it as a pre-condition to consent.

137. Indeed, as Peru noted in the course of its submissions,²⁶ if anything, the text of Art 10.18(2) gives greater importance to *formal* compliance, than it does to *material* compliance:

²⁴ Second Submissions of the United States ¶ 16.

²⁵ In support of this proposition, the United States cites *Railroad Development Corp v Republic of Guatemala*.

²⁶ Peru's submission of September 30, 2015.

In any event, the existence of a material breach of the waiver requirement is independent of Renco's formal violation, either one of which alone is fatal to Renco's claims. Contrary to Renco's suggestion, the formal requirement is as important, if not more important, than its material counterpart. In fact, it is the formal requirement that is expressed in the language of the Treaty itself: while the Treaty expressly provides in what form a waiver must be submitted, and specifically provides for the sole reservation that may be made by a claimant, the Treaty does not expressly state that the State's consent is conditioned upon the claimant's compliance with the terms of the waiver. Rather, that condition can be discerned from reading the language of the waiver requirement in context and in light of the Treaty's object and purpose and, thus, tribunals consistently have so interpreted the requirement, as reflected in the jurisprudence. Accordingly, there is no basis to construe the so-called "formal" requirement of the waiver any less strictly than the "material" requirement; if a violation of the latter requires dismissal, as tribunals unanimously have found, then a violation of the former does as well, as the Treaty expressly states and as both Parties to the Treaty have confirmed.

138. The inevitable conclusion, therefore, is that no arbitration agreement ever came into existence. In the Tribunal's opinion, given the unequivocal language of Art 10.18(2), this is not a trivial defect which can be easily brushed aside—the defective waiver goes to the heart of the Tribunal's jurisdiction.
139. *Ethyl* and *Thunderbird* were both concerned with the proper interpretation of Article 1121 of NAFTA. The issue in each case was whether the requirement that the waiver "shall be included in the submission of a claim to arbitration" meant that the waiver had to be supplied with the notice of arbitration or with the statement of claim. In *Ethyl*, the tribunal concluded that the investor's compliance with Article 1121 was a prerequisite to the admissibility of its claims and not a precondition to jurisdiction. The tribunal held as follows:²⁷

Canada's contention that [the submission of a waiver with the Notice of Arbitration is] a precondition to jurisdiction, as opposed to a prerequisite to admissibility, is not borne out by the text of Article 1121, which must govern. Article 1121(3), instead of saying "shall be included in the submission of a claim to arbitration" — in itself a broadly encompassing concept — could have said "shall be included with the Notice of Arbitration" if the drastically preclusive effect for which Canada argues truly were intended. The Tribunal therefore concludes that jurisdiction here is not absent due to Claimant's having provided the consent and waivers necessary under Article 1121 with its Statement of Claim rather than with its Notice of Arbitration.

140. In the present case, Article 10.18(2) of the Treaty provides that "[n]o claim may be submitted to arbitration under this Section unless ... the notice of arbitration is

²⁷ *Ethyl Corporation v Government of Canada* NAFTA/UNCITRAL Case, Award on Jurisdiction, June 24, 1998 ¶ 91.

accompanied ... by the claimant's written waiver". It would therefore appear that the text of Article 10.18(2) is much more explicit than the text of Article 1121 of NAFTA.

141. Indeed, Peru observes that, since the publication of the 2004 United States Model BIT, the United States has amended the waiver language in its treaties, including in Article 10.18(2) of the Treaty and in the DR-CAFTA, to expressly state that the waiver must accompany "the notice of arbitration". Moreover, the title of the waiver provision also was amended by including in the title of Article 10.18 of the Treaty (as well as in the equivalent provisions of the DR-CAFTA and the US Model BIT) the word "consent".
142. The Tribunal is constrained to conclude, therefore, that the submission of a formally compliant waiver (and the material obligation to abstain from initiating or continuing proceedings in a domestic court) is a precondition to the State's "consent" to arbitrate and to the Tribunal's jurisdiction. Accordingly, the Tribunal concludes that the *Ethyl* and *Thunderbird* decisions cannot assist Renco in the present case because of the differences between the text of Article 10.18 of the Treaty and Article 1121 of NAFTA.
143. A further comment may be appropriate here as to the concern expressed in *Thunderbird* that "overly formalistic" or "excessively technical" approaches should be avoided. This is obviously of no assistance here, given (a) the non-superfluous nature of Renco's reservation, and (b) the specific requirements of Article 10.18(2) of the Treaty. Further, the tribunal in *Thunderbird* cannot be taken to have laid down a general proposition that *formal* defects in a waiver can never invalidate a submission to arbitration, or can always be remedied at a later stage. The decision in that case seems to have turned upon the highly technical and insignificant nature of the defect that was in issue (the untimely filing of certain waivers on behalf of the claimant's enterprises that had been "inadvertently missing from earlier filings", and were submitted with the Particularised Statement of Claim, well before Mexico raised any objection to jurisdiction and years before the hearing), which was all the more insignificant when set against the different language of NAFTA. Unlike the position in that case, there is no suggestion here that Renco's reservation in its waiver was inadvertent, and as explained earlier it is certainly not insignificant.

144. The Tribunal turns now to consider the decisions of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice cited by Renco. Article 10.22(1) of the Treaty provides that “the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law”. Furthermore, when interpreting the Treaty, the Tribunal must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” under Article 31(3)(c) of the VCLT. The relevant rules of international law include general principles of law recognised by civilised nations. Furthermore, decisions of the International Court and the Permanent Court are “a subsidiary means for the determination of rules of law” (see Articles 38(1)(c) and (d) of the Statute of the International Court of Justice).

145. Renco places reliance upon the decision of the Permanent Court of International Justice in the *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions*. In this case, Greece had commenced proceedings against the United Kingdom under the Treaty of Lausanne before the Treaty had been ratified by the States Parties. The Treaty was subsequently ratified shortly after proceedings were commenced. However, the United Kingdom contended that the Permanent Court lacked jurisdiction at the time when proceedings were commenced.

146. The Court rejected the submission of the United Kingdom and held as follows:²⁸

Even assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II was not yet effective, it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.

147. The *Mavrommatis* doctrine has been applied by the International Court of Justice on several occasions, in particular in the *Case Concerning the Application of the*

²⁸ *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v United Kingdom)*, Judgment, August 30, 1924 PCIJ Series A, No. 2 at 34.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.²⁹ Serbia's first preliminary objection in this case was based upon Article 35(1) of the Statute of the Court, which provides as follows: "The Court shall be open to the states parties to the present Statute".

148. Serbia contended that it was not a Member of the United Nations (and thus not a party to the Statute of the Court) when Croatia commenced its proceedings on 2 July 1999. The Court was therefore not "open" to Serbia within the meaning of Article 35(1). The fact that Serbia later became a party to the Statute of the Court on 1 November 2000, as a result of its admission to the United Nations, was said by Serbia to be irrelevant.
149. The International Court rejected Serbia's submission. The Court accepted that, in general, fulfilment of the conditions in Article 35(1) had to be assessed when the application was filed. However, the Court explained that it had "shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court's jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction". The Court referred to the *Mavrommatis* case and held that the decisive question was as follows:³⁰

What matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew — or to initiate fresh proceedings — and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has, from that point on, been fulfilled.

150. The Court found there was no reason why the initial defect in Croatia's application could not be "cured by a subsequent event in the course of the proceedings, for example when that party acquires the status of party to the Statute of the Court which it initially lacked". The Court found that it would not be in the interests of the

²⁹ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, November 18, 2008 [2008] ICJ Reports 412.

³⁰ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, November 18, 2008 [2008] ICJ Reports 412 at 441. The Court also observed that "it is concern for judicial economy, an element of the requirements of the sound administration of justice, which justifies application of the jurisprudence deriving from the *Mavrommatis* Judgment in appropriate cases. The purpose of this jurisprudence is to prevent the needless proliferation of proceedings" (at 443).

sound administration of justice to require Croatia to initiate fresh proceedings.³¹ Accordingly, the Court dismissed Serbia's objection to jurisdiction.

151. The question which arises for determination is whether the *Mavrommatis* doctrine can be applied to the facts of the present case. The Tribunal observes that in the *Mavrommatis* and *Genocide* cases the jurisdictional defect was cured as a result of a subsequent event occurring during the proceedings, namely the ratification of the Treaty of Lausanne on which the Court's jurisdiction was based (in the *Mavrommatis* case) and the admission of Serbia to the United Nations resulting in its accession to the Statute of the International Court of Justice (in the *Genocide* case).
152. In the present case, however, the jurisdictional defect (Renco's non-compliance with Article 10.18(2)(b)) remains uncured. This jurisdictional defect could only be cured (a) if Renco took the positive step of withdrawing the reservation of rights, or submitting a new waiver without the reservation of rights, and Peru consented to this by way of a variation of Article 10.18(2)(b) of the Treaty, or (b) if Renco commenced a new arbitration together with a waiver without any reservation of rights.
153. Option (a) here does not arise, in the absence of consent by Peru.
154. Option (b) remains a possible course (putting aside any limitation issue under Article 10.18(1) of the Treaty). Given that, on this basis, Renco would be entitled to cure the defect itself, and unilaterally, by the commencement of a new arbitration, the question arises as to whether, applying the *Mavrommatis* doctrine, it might be said that it would not be in the interests of the sound administration of justice to compel Renco to begin a new proceeding.
155. The United States and Peru contend that there is a "subsequent agreement" regarding the interpretation of Article 10.18 to the effect that neither Renco nor the Tribunal can remedy a defective waiver and that the date for submitting an effective waiver is the date on which the arbitration commences. On this basis, Peru would appear to contend that the *Mavrommatis* doctrine is inapplicable to the facts of the present case.

³¹ Ibid at 442.

156. In its Decision on Scope, the Tribunal observed that it credits the views of both State Parties with the highest respect. However, the Tribunal is not bound by the views of either State Party. Although the Tribunal must “take into account” any subsequent agreement between the State Parties pursuant to Article 31(3)(a) of the VCLT, the proper interpretation of Article 10.18 and how it should be applied to the facts of this case are tasks which reside exclusively with this Tribunal.³²
157. The Tribunal is faced with an apparent conflict between the interpretation of Article 10.18 adopted by the United States and Peru and the jurisprudence of the International Court of Justice as evidenced in the *Mavrommatis* doctrine. Having given careful consideration to the matter, the Tribunal has felt constrained to conclude that the clear and express language of Article 10.18 of the Treaty, as well as its object and purpose, establishes a *lex specialis* which must prevail over, or in any event precludes, the *Mavrommatis* doctrine. (This conclusion is made by a majority of the Tribunal as one member is not persuaded that Renco could not unilaterally cure its defective waiver.)
158. Under Article 10.18, the submission of a valid waiver is a condition and limitation on Peru’s consent to arbitrate. This is a precondition to the initial existence of a valid arbitration agreement, and as such leads to a clear timing issue: if no compliant waiver is served with the notice of arbitration, Peru’s offer to arbitrate has not been accepted; there is no arbitration agreement; and the Tribunal is without any authority whatsoever. If the Tribunal applied the *Mavrommatis* doctrine, the Tribunal would be exercising powers it simply does not have (because there is no arbitration agreement, and so the Tribunal is not a tribunal). In effect, it would be creating, retrospectively, an arbitration agreement for the Parties when no agreement had ever come into existence. To put it colloquially, the Tribunal would be “pulling itself up by its own bootstraps” in order to create jurisdiction when none existed. In the Tribunal’s considered opinion, this would be entirely unprincipled and obviously impermissible.
159. The Tribunal observes that the conclusion it has reached is consistent with the decision in *Detroit International Bridge Company v Canada*. In this case, the claimant’s waiver expressly carved out claims pending between the parties in the

³² Scope Decision ¶¶ 172-174.

so-called “Washington Litigation”. The tribunal found that the claims in the Washington Litigation covered the same grounds as the measures challenged in the NAFTA arbitration. The claimant’s waiver was therefore held to be defective. The claimant then withdrew its claim for damages in the Washington Litigation and filed a second waiver but still purported to carve out the Washington Litigation from the scope of its waiver. The tribunal found that the submission of the new waiver could not:³³

... retroactively validate several months of proceedings during which the Tribunal wholly lacked jurisdiction but had some kind of potential existence that might have been realized if it had acquired jurisdiction at some subsequent date. The lack of a valid waiver precluded the existence of a valid agreement between the disputing parties to arbitrate; and the lack of such an agreement deprived the Tribunal of the very basis of its existence.

160. For all of the reasons set out above, therefore, the Tribunal has concluded that Renco cannot unilaterally cure its defective waiver by withdrawing the reservation of rights. (This conclusion is made by a majority of the Tribunal as one member is not persuaded that Renco could not unilaterally cure its defective waiver.)

(3) Severance

161. On September 27, 2015, after the Tribunal had commenced its deliberations, the Tribunal wrote to the Parties to observe that neither Party had addressed the relevance, if any, of the principle of severability in connection with the question of the legal effect of the reservation contained in Renco’s waiver. The Tribunal invited the Parties to comment on whether this principle could be applied so as to allow the reservation of rights to be severed from the remainder of Renco’s waiver.

162. The Tribunal received extensive submissions from the Parties, as well as the United States, in relation to the principle of severability. The Tribunal observes that the principle that non-essential invalid conditions can be severed from the instruments in which they are contained was endorsed by Judge Lauterpacht in his Separate Opinion in the *Norwegian Loans* case. Judge Lauterpacht held that:³⁴

³³ *Detroit International Bridge Company v Canada* NAFTA/PCA Case No 2012-25, Award on Jurisdiction, April 2, 2015 ¶ 321.

³⁴ *Case Concerning Certain Norwegian Loans (France v Norway)* [1957] ICJ Reports 9 at 56–57. See also *Interhandel (Switzerland v United States of America)* [1959] ICJ Rep 6 at 116-117 (Separate Opinion of Judge Lauterpacht).

... it is legitimate—and perhaps obligatory—to sever an invalid condition from the rest of the instrument and to treat the latter as valid provided that having regard to the intention of the parties and the nature of the instrument the condition in question does not constitute an essential part of the instrument. *Utile non debet per inutile vitiari*. The same applies also to provisions and reservations relating to the jurisdiction of the Court. It would be consistent with the previous practice of the Court that it should, if only possible, uphold its jurisdiction when such a course is compatible with the intention of the parties and that it should not allow its jurisdiction to be defeated as the result of remediable defects of expression which are not of an essential character.

163. As Renco points out, several investment tribunals have cited the severability principle when discussing the separability of an arbitration agreement from the contract in which it is contained such that a finding that the main contract is invalid does not necessarily entail the invalidity of the arbitration agreement.³⁵ This is a well-established concept in the domestic arbitration laws of a large number of States which have adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.³⁶
164. The severability principle has also been applied by several international courts and tribunals in the context of State reservations to the jurisdiction of the European Court of Human Rights.³⁷ Furthermore, the International Law Commission, in its 2011 study on treaty reservations, surveyed a wide range of state practice and endorsed a “rebuttable presumption, according to which the treaty would apply to a State or international organization that is the author of an invalid reservation, notwithstanding that reservation, in the absence of a contrary intention on the part of the author”.³⁸ However, the Commission observed that its recommendation “form[ed] part of the cautious progressive development of international law”.
165. Peru submits that the severability principle does not apply in the investor-state context. Peru submits that, unlike claimants seeking to accept a State’s offer to arbitrate under an investment treaty, States entering into treaties are entitled to

³⁵ *Daimler Financial Services AG v Argentina* ICSID Case No. ARB/05/1, Award, August 22, 2012 ¶ 221; *Impregilo S.p.A. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion of Prof. Brigitte Stern, June 21, 2011 ¶ 31; *ICS Inspection and Control Services Ltd v Argentina*, PCA Case No. 2010-09, Award on Jurisdiction, February 10, 2012 ¶ 290; *CCL v Kazakhstan*, SCC Case No. 122/2001, Jurisdictional Award, January 1, 2003 ¶ 29. See also *The Government of Sudan v The Sudan People’s Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration)*, Final Award, July 22, 2009 ¶¶ 416-424.

³⁶ See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), Article 16(1).

³⁷ *Loizidou v Turkey* Application No. 15318/89, Judgment of March 23, 1995, Series A, No. 310; *Belilos v Switzerland* Application No. 10323/83, Judgment of April 29, 1988. See also *Hilaire v Trinidad and Tobago*, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of September 1, 2001, Series C, No. 80 ¶ 98.

³⁸ Report of the International Law Commission, 63rd Session *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, UN Doc A/66/10/Add.1 at 525–542 (guideline 4.5.3).

make reservations provided that they comply with Article 19 of the VCLT. Peru also submits that the severability principle is not universally accepted. Peru points out that an alternative approach is to find that a reservation contrary to the object and purpose of a treaty may result in the “total invalidity” of the treaty for the State making the reservation. Peru argues that this approach is most similar to the practice of international investment tribunals, which have determined that a claimant’s failure to abide by the terms of State’s offer to arbitrate in a treaty results in the invalidity of the arbitration agreement.

166. Peru submits that, even if Renco’s reservation of rights were deemed to be a non-essential part of its waiver, severance of the reservation of rights would infringe upon Peru’s sovereignty because Peru was not obligated to extend an offer to arbitrate to claimants and did so only on condition that the offer be accepted, without reservation, at the time of the filing of the Notice of Arbitration. Furthermore, Peru argues that—unlike the European Convention of Human Rights, which may have the objective of exercising jurisdiction over as many States as possible in order to uphold human rights and fundamental freedoms—investment tribunals have no mandate to expand the scope of a State’s offer to arbitrate.
167. Finally, Peru submits that the application of the severability principle in the present context would have radically different consequences. In the context of State reservations to treaties, the severability principle operates against the interests of the State making the reservation by preventing the State from escaping jurisdiction as a result of its reservation of rights. In the present context, the application of the severability principle would operate to the benefit of an investor and against the interests of the respondent State whose consent is conditioned upon the submission of a valid waiver at the time of the submission of the Notice of Arbitration.
168. For its part, the United States submits that the principle of severability is not a generally accepted rule of international law or custom. The United States points out that it has consistently maintained that a reserving State cannot be bound without its consent to a treaty without the benefit of its reservation. The United States submits as follows:

To apply the proposed “principle of severability” in order to sever an invalid reservation of rights in a claimant’s waiver would defeat the purpose of the Agreement’s arbitration

provisions. It would alter the conditions of the respondent's offer to arbitrate and deprive the waiver provision of its intended purpose, thereby exposing the respondent to the risk of having to litigate, even temporarily, concurrently in multiple fora.

169. Renco contends that the severability principle is a general principle of international law, as demonstrated by the authorities set out above. Renco submits that it does not consider its reservation as important or essential to its consent. Renco submits that the Tribunal should therefore sever the non-essential reservation of rights from its waiver. On this basis, Renco submits that it should be treated as if it had complied with the Treaty's waiver requirements from the outset of this arbitration even though any defect will have been eliminated at a point in time after Peru received Renco's Amended Notice of Arbitration.
170. The Tribunal observes that the severability principle has been applied by international courts and tribunals in the context of State reservations to treaties or reservations contained in declarations by States accepting the compulsory jurisdiction of an international court. The principle has also been cited by investment tribunals in the context of the severability of an arbitration agreement from the main contract in which such an agreement is contained. However, the principle has not been applied by an investor-state tribunal in order to sever invalid language from a claimant's written waiver.
171. The Tribunal also observes that States are entitled, by virtue of their sovereignty, to apply such reservations to treaties as are permitted by Article 19 of the VCLT. Investors have no equivalent power to insert reservations into their acceptances of a State's standing offer to arbitrate under an investment treaty. In a system of arbitration without privity, a State is entitled to "shape its consent as it sees fit by providing the conditions under which it is given—in other words, the conditions subject to which an 'offer to arbitrate' is made to the foreign investors".³⁹
172. Even if the Tribunal were to conclude that severability was a general principle of international law and that Renco's reservation of rights was a non-essential component of the waiver, the Tribunal is not persuaded that the severability principle could be applied in the particular context of this case. This is because of the same timing issue set out above. The Tribunal has concluded that no arbitration

³⁹ *ST-AD GmbH v Bulgaria* PCA Case No. 2011-06 (ST-BG), Award on Jurisdiction, July 18, 2013 ¶ 337.

agreement ever came into existence as a result of Renco's non-compliance with Article 10.18(2)(b). If the severability principle were applied to sever the reservation of rights from Renco's waiver, the Tribunal would be assuming (incorrectly) that it is a valid tribunal with authority, and in effect creating an arbitration agreement for the Parties. The Tribunal would face the same "bootstraps" obstacle which it encountered in relation to the application of the *Mavrommatis* doctrine.

173. Accordingly, the Tribunal concludes that it has no power to sever the reservation of rights from Renco's waiver and remedy Renco's non-compliance with the formal requirement of Article 10.18(2)(b).

(4) *Abuse of rights*

174. Renco's final argument, raised briefly in its final written submission to the Tribunal, is that Peru's arguments and conduct in relation to its waiver objection constitute an abuse of rights. Renco submits that the abuse of rights doctrine proscribes the exercise of a legitimate legal right for improper or abusive purposes or to evade an obligation. As stated by Bin Cheng:⁴⁰

The reasonable and bona fide exercise of a right implies an exercise which is genuinely in pursuit of those interests which the right is destined to protect and which is not calculated to cause any unfair prejudice to the legitimate interests of another State, whether these interests be secured by treaty or by general international law.

175. The abuse of rights doctrine is an aspect of the principle of good faith and is a well-established general principle of international law. The doctrine has been cited and applied on numerous occasions by international courts and tribunals.⁴¹ The development of the abuse of rights doctrine in international law is discussed in detail in *Venezuela Holdings BV v Bolivarian Republic of Venezuela*.⁴² The tribunal observed that many ICSID tribunals have considered whether the conduct of an

⁴⁰ Bin Cheng *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (CUP, 1987) at 131-132.

⁴¹ For example, Peru invoked the abuse of rights doctrine in the *Tacna-Arica* arbitration: *The Tacna-Arica Question (Chile v Peru)* (1925) II RIAA 921. The arbitrator, President Calvin Coolidge, found that Chile had committed an abuse of authority in the disputed provinces of Tacna and Arica, which were subject to Chilean authority under the Treaty of Ancón. President Coolidge found that "in a considerable number of cases, particularly in the year 1923, the Chilean conscription laws have been used not so much for the obtaining of recruits ... but with the result, if not the purpose, of driving young Peruvians from the provinces. So far as this has been done, the Arbitrator holds it to be an abuse of Chilean authority" (at 941).

⁴² *Venezuela Holdings BV v Bolivarian Republic of Venezuela* ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010 ¶¶ 169-185.

investor who engages in a corporate restructuring to obtain the benefit of investment treaty protection commits “an abuse of the convention purposes”, “an abuse of legal personality”, an “abuse of corporate form” or an “abuse of the system of international investment protection”.⁴³

176. The abuse of rights doctrine is not restricted to the exercise of treaty rights by investors. In *Saipem SpA v The People’s Republic of Bangladesh*, the tribunal observed that “[i]t is generally acknowledged in international law that a State exercising a right for a purpose that is different from that for which that right was created commits an abuse of rights”.⁴⁴ The tribunal concluded that the Bangladeshi courts had abused their supervisory jurisdiction over the arbitration process by revoking the authority of an ICC tribunal despite any showing of misconduct.
177. It is clear that the threshold for establishing an abuse of rights is high. As the arbitral tribunal put it in *Chevron Corp v Republic of Ecuador*.⁴⁵

[I]n all legal systems, the doctrines of abuse of rights, estoppel and waiver are subject to a high threshold. Any right leads normally and automatically to a claim for its holder. It is only in very exceptional circumstances that a holder of a right can nevertheless not raise and enforce the resulting claim. The high threshold also results from the seriousness of a charge of bad faith amounting to abuse of process. As Judge Higgins stated in her 2003 Separate Opinion in the *Oil Platforms* case, there is “a general agreement that the graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on.”

178. Renco submits that Peru’s abuse of rights in the present case is clear: Peru suffers no prejudice as a result of the reservation of rights in Renco’s waiver. At the hearing, the Tribunal asked Peru whether it would suffer any prejudice in this case if the Tribunal were to “write [the additional language] out, in effect, make it disappear”.⁴⁶ Peru responded that the Tribunal lacked the power to do so, but it did not articulate any prejudice that it would suffer.⁴⁷
179. Renco submits that there is no scenario in which the additional language prevents the waiver provision in the Treaty from having its full force and effect. In these

⁴³ Ibid ¶ 176.

⁴⁴ *Saipem SpA v The People’s Republic of Bangladesh* ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009 ¶ 160.

⁴⁵ *Chevron Corp v Republic of Ecuador* PCA Case No. AA 277, Interim Award, 1 December 2008 ¶ 143, citing *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)* Judgment, November 6, 2006 [2006] ICJ Rep 225, Separate Opinion of Judge Higgins ¶ 33.

⁴⁶ Hearing Transcript, p. 63.

⁴⁷ Hearing Transcript, pp. 63-66.

circumstances, Renco submits that Peru's motive is not to ensure that its waiver rights are respected or that the waiver provision's objectives are served. Rather, Renco submits that Peru's true motive is to evade its duty to arbitrate Renco's claims under the Treaty. Because that it is an improper motive, Renco submits that Peru's objections are an abuse of rights.

180. The Tribunal has already referred to the fact that it has been troubled by the manner in which Peru's waiver objection arose in this arbitration. Renco's Notice of Arbitration was filed on April 4, 2011 and its Amended Notice of Arbitration was filed on August 9, 2011. Both documents contained Renco's waiver, including the reservation of rights. Yet Renco's compliance with the formal and material requirements of Article 10.18(2)(b) was not put in issue until Peru filed its Notification of Preliminary Objections on March 21, 2014, nearly three years after Renco had submitted its claims to arbitration. Under the heading "Renco's violation of the Treaty's waiver provision", Peru made the following submissions:

As Peru will discuss and amplify in its submissions, Renco has presented an invalid waiver in this proceeding because it does not conform with the language required by the Treaty, and that Doe Run Peru S.R.Ltda. ("Doe Run Peru") was required to submit a waiver and improperly purported to withdraw its waiver submitted with Claimants' Notice of Arbitration and Statement of Claim of April 4, 2011. In addition, through the initiation and continuation of certain proceedings with respect to measures alleged to constitute a breach by Renco, both Renco and Doe Run Peru also have violated the waiver requirement.

Pursuant to the Treaty, Peru's consent, and therefore the Tribunal's jurisdiction, is subject to the submission of valid waivers by Renco and Doe Run Peru, which are lacking here. This objection thus clearly falls within the scope of Article 10.20.4.

181. Although Peru submitted in this document that Renco's waiver "does not conform with the language required by the Treaty", the focus of Peru's waiver objections appeared to have been the absence of a written waiver by DRP and the conduct of the Peruvian bankruptcy proceedings, rather than the inclusion of the reservation of rights in Renco's waiver.
182. Indeed, while Peru had complained to Renco many years ago that it considered the domestic Peruvian bankruptcy proceedings involving DRP violated Article 10.18(2), Peru did not raise any clear and specific objection in relation to Renco's reservation of rights until Peru filed its Comments on the submission of the United States of

America on September 10, 2014. At paragraph 30, Peru submitted that Renco had violated the Treaty's waiver requirements because:

(i) Renco and its affiliate, Doe Run Peru, filed waivers that impermissibly reserved the right to bring claims in other fora; (ii) Renco later filed a separate waiver that contained the same reservation ...

183. This submission was not developed in any depth until Peru filed its Memorial on Waiver in July 2015, where Renco's compliance with the formal requirement of Article 10.18(2)(b), by reason of the reservation of rights, was placed squarely in issue.
184. The Tribunal has concluded that Renco failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2) and that it has no power to allow Renco to cure this defect (as noted above, one member of the Tribunal did not join in this conclusion) or to sever the reservation of rights. However, the consequences for Renco may be extreme in the following scenario. If Renco should decide to file a new Notice of Arbitration accompanied by a "clean" waiver, Peru may be minded to argue that Renco's claims have become time-barred because more than three years have elapsed since Renco first acquired knowledge of the breaches alleged under Article 10.16(1) of the Treaty.
185. In these circumstances, while the possible operation of a 3 year time bar on the facts of this case cannot change the analysis of Article 10.18(2)(b) (i.e. the analysis must be the same, even if the objection had been raised at the outset of the arbitration), the question which arises is whether Peru's conduct with regard to the late raising of its waiver objection rises to the level of an abuse of rights. The test to be applied is whether Peru has sought to raise this objection for an improper motive or — as Renco puts it, whether Peru is seeking to evade its duty to arbitrate Renco's claims under the Treaty rather than ensure that its waiver rights are respected or that the waiver provision's objectives are served.
186. Having considered the issue with great care, the Tribunal has concluded that, in raising its waiver objection, Peru has sought to vindicate its right to receive a waiver which complies with the formal requirement of Article 10.18(2)(b) and a waiver which does not undermine the object and purpose of that Article. In so finding, the Tribunal does not accept the contention that Peru's waiver objection is tainted by an ulterior

motive to evade its duty to arbitrate Renco's claims. Indeed, Peru has no duty to arbitrate Renco's claims under the Treaty unless Renco submits a waiver which complies with Article 10.18(2)(b).

187. In reaching this conclusion, the Tribunal does not wish to rule out the possibility that an abuse of rights might be found to exist if Peru were to argue in any future proceeding that Renco's claims were now time-barred under Article 10.18(1). To date, Peru has suffered no material prejudice as a result of the reservation of rights in Renco's waiver. However, Renco would suffer material prejudice if Peru were to claim in any subsequent arbitration that Renco's claims were now time-barred under Article 10.18(1).
188. While this Tribunal cannot prevent Peru from exercising in the future what it then considers to be its legal rights, the Tribunal can, and it does, admonish Peru to bear in mind, if that scenario should arise, Renco's submission that Peru's conduct with respect to its late raising of the waiver objection constitutes an abuse of rights. In the unanimous view of the Tribunal, justice would be served if Peru accepted that time stopped running for the purposes of Article 10.18(1) when Renco filed its Amended Notice of Arbitration on August 9, 2011.

(5) *Conclusion*

189. It follows from the Tribunal's findings in this section of the Partial Award that Renco has failed to establish the requirements for Peru's consent to arbitrate under the Treaty. Renco's claims must therefore be dismissed for lack of jurisdiction.

F. Other Objections

190. In the light of the Tribunal's conclusion that Renco has failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2)(b) of the Treaty, the Tribunal concludes that it is unnecessary to consider Peru's second contention, namely that Renco has failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2) because DRP has not provided a waiver in Renco's Amended Notice of Arbitration. It is also unnecessary to consider Peru's further contentions regarding DRP's conduct in the Peruvian bankruptcy proceedings. The Tribunal therefore expresses no view on these matters.

V. COSTS

191. The Tribunal defers the question of costs and invites the Parties to present written submissions on costs within 30 days of the date of this Partial Award.

VI. CONCLUDING REMARKS

192. The Tribunal is conscious that these proceedings have been on foot for some years. In reaching the decision to now dismiss Renco's claims, the Tribunal has not done so lightly. Careful consideration over a number of months has been given to each of the many helpful and challenging submissions provided by counsel for both sides. The Tribunal wishes to express its sincere gratitude to counsel for their high degree of professionalism throughout this period.

VII. FORMAL AWARD

193. For all of the foregoing reasons, and rejecting all submissions, claims and counterclaims to the contrary, the Tribunal **HEREBY FINDS DECLARES AND AWARDS** as follows. But for the view of one Member of the Tribunal that Renco should have been permitted to cure its defective waiver by withdrawing the reservation of rights (paragraph (b) below), all other conclusions of the Tribunal are unanimous.

- (a) Renco has failed to comply with the formal requirement of Article 10.18(2)(b) by including the reservation of rights in the waiver accompanying its Amended Notice of Arbitration because:
 - (i) The reservation of rights is not permitted by the express terms of Article 10.18(2)(b);
 - (ii) The reservation of rights undermines the object and purpose of Article 10.18(2)(b);
 - (iii) The reservation of rights is incompatible with the “no U-turn” structure of Article 10.18(2)(b); and
 - (iv) The reservation of rights is not superfluous.
- (b) Renco cannot unilaterally cure its defective waiver by withdrawing the reservation of rights.
- (c) The Tribunal has no power to sever the reservation of rights from Renco’s waiver and remedy Renco’s non-compliance with Article 10.18(2)(b).
- (d) Peru’s waiver objection is not tainted by any ulterior motive to evade its duty to arbitrate Renco’s claims.
- (e) It follows that Renco has failed to establish the requirements for Peru’s consent to arbitrate under the Treaty.
- (f) Renco’s claims must therefore be dismissed for lack of jurisdiction.

194. The Tribunal hereby reserves the question of costs pending receipt of submissions from the Parties after which the Tribunal will render a Final Award.

Made in Paris, France

Place of Arbitration: Paris, France

Dated: July 15, 2016

[Signature]

The Honorable L. Yves Fortier, CC, QC
Arbitrator

[Signature]

Mr. Toby T. Landau, QC
Arbitrator

[Signature]

Dr. Michael J. Moser
Presiding Arbitrator