



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

PAC RIM CAYMAN LLP V. REPÚBLICA DE EL SALVADOR (CASO CIRDI Nº ARB/09/12)

DECISÃO SOBRE AS OBJEÇÕES DO DEMANDADO À JURISDIÇÃO

Caso Relatado por Fabricio Fortese**

Editado por Ignacio Torterola***

Traduzido para o Português por Gabriel Ferreira Labatut Simões****

Uma sentença prolatada em 1º de Junho de 2012 por um Tribunal Arbitral constituído conforme a Convenção e Regras de Arbitragem do CIRDI e sob o Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos, América Central e República Dominicana e a Lei de Investimento de El Salvador.

Tribunal:	V.V. Veeder, Esq ¹ . (Presidente), Professor Dr. Guido Santiago Tawil e Professora Brigitte Stern.
Advogado do Demandante:	Arif H. Ali, Alexandre de Gramont e Theodore Postner, Esqs. de Weil, Gotshal & Manges LLP, e R. Timothy McCrum, Ian A. Laird, Kassi D. Tallent e Ashley R. Riviera de Crowell & Moring LLP.
Advogado do Demandado:	Licenciado Romero Benjamin Barahona, Fiscal Geral da República de El Salvador, Senhores Derek C. Smith, Luis Parada, Tomas Solis e Senhora Erin Argueta, de Foley Hoag LLP.

¹ Nota do Tradutor – A palavra “Esquire” (abreviado “Esq.”) denomina um título utilizado por advogados nos Estados Unidos da América. Na Inglaterra pode significar um título honorífico que, em termos hierárquicos, se situa logo abaixo de “Knight”.

- * Os diretores podem ser contactados por email em i.torteroia@qmul.ac.uk e l.mistelis@qmul.ac.uk.
- ** Fabricio Fortese é um advogado, possui LLM em Contencioso Internacional e Comparado pela Escola de Arbitragem Internacional, Queen Mary, University of London e foi aceite para o LLM em Arbitragem Comercial Internacional na Stockholm University. Ele pode ser contactado via email através de ff@fortese.com.
- *** Ignacio Torteroia é co-Diretor de International Arbitration Case Law (IACL).
- **** Gabriel Ferreira Labatut Simões é advogado no Brasil, associado ao escritório Lee, Taube e Gabardo, Sociedade de Advogados.

ÍNDICE DE QUESTÕES DISCUTIDAS

Resumo	1
1. Fatos do Caso.....	1
2. Questões Legais Tratadas na Decisão	2
2.1. Questão A – Abuso de Processo	2
a. Geral	2
b. A Análise do Tribunal.....	3
2.2. Questão B – Ratione Temporis.....	7
a. Geral	7
b. A Análise do Tribunal.....	7
2.3. Questão C – Denegação de Benefícios	9
a. Geral	9
2.4. Questão D – Lei de Investimento.....	12
a. Geral	12
2.5. Questão E – Custas Legais e da Arbitragem.....	15
3. Decisões do Tribunal	16

Resumo

1. *Fatos do Caso*

A Demandante é Pac Rim Cayman LLC, pessoa jurídica organizada de acordo com as leis de Nevada, EUA, subsidiária integral de Pacific Rim Mining Corporation, do Canadá. A Demandante iniciou esta arbitragem contra El Salvador, tanto em seu benefício como em benefício de suas subsidiárias salvadorenhas, as “Empresas”: (i) Pacific Rim El Salvador (“PRES”) e (ii) Dorado Exploraciones (“DOREX”).

As “Empresas” possuem certos direitos em áreas de mineração localizadas em Las Cabañas e San Vicente, na região norte de El Salvador.

A Demandante apresentou diversas pretensões contra El Salvador (i) conduta arbitrária e discriminatória, falta de transparência, tratamento injusto e desigual ao falhar em agir sobre a aplicação das Empresas para uma concessão de exploração de mineração e licenças ambientais após a descoberta pela Demandante de valiosos depósitos de ouro e prata sob licenças de exploração concedidas pelo Ministério da Economia (MINEC) da Demandada; (ii) expropriação ilícita dos investimentos da Demandante em El Salvador.

Em busca destas pretensões, a Demandante alegou que a Demandada violou obrigações sob o CAFTA², Lei de Investimento Salvadorenha³ e outras legislações⁴.

Neste procedimento, as Objeções do Demandado à Jurisdição do Tribunal compreendem quatro fundamentos independentes: Abuso de Processo pelo Demandante (Questão A); Ratione Temporis (Questão B); a Denegação do Demandado de Benefícios conforme artigo 10.12.2 do CAFTA (Questão C); e a Lei de Investimento (Questão D). Ademais, o Tribunal tratou dos pleitos respetivos das Partes sobre Custas Legais e de Arbitragem (Questão E).

A República da Costa Rica e o Departamento de Estado dos Estados Unidos, ambos como Partes Não Litigantes, realizaram uma submissão⁵ ao abrigo de uma carta do Centro para o Direito Ambiental Internacional (“CIEL”), e trataram das seguintes matérias: (i) o contexto fático da disputa levantado pela Demandante

² CAFTA Artigo 10.3 (Tratamento Nacional); Artigo 10.4 (Tratamento Nacional Mais Favorável); Artigo 10.5 (Parâmetro Mínimo de Tratamento); Artigo 10.7 (Expropriação e Compensação) e Artigo 10.16.1.(b) (Autorizações de Investimento).

³ Artigo 5 (Proteção Igualitária); Artigo 6 (Não-Discriminação) e Artigo 8 (Expropriação).

⁴ Lei de Mineração Salvadorenha (Artigos 8, 14, 19 e 23); Constituição Salvadorenha (Artigo 86), Código Civil Salvadorenho (Artigo 1) e Lei de Ética Governamental Salvadorenha (Artigo 4(j)).

⁵ Conforme o Artigo 10.20.2 do CAFTA.

neste procedimento arbitral, (ii) se existe qualquer “disputa legal” conforme o Artigo 25 da Convenção do CIRDI ou qualquer “medida” conforme o Artigo 10.1 do CAFTA; (iii) se a pretensão da Demandante configura abuso de processo; e (iv) a Denegação da Demandada de benefícios conforme o Artigo 10.12.2 do CAFTA.

2. *Questões Legais Tratadas na Decisão*

2.1. *Questão A – Abuso de Processo*

a. *Geral*

A posição da Demandada foi resumida no início de sua manifestação Pós-Audiência:

“Pacific Rim Mining Corp., uma corporação canadense, através de sua subsidiária integral, Pac Rim Cayman, abusou do processo de arbitragem internacional ao mudar a nacionalidade de Pac Rim Cayman das Ilhas Cayman para os Estados Unidos, e então utilizando esta nacionalidade para iniciar procedimento de arbitragem CIRDI relativo a uma disputa pré-existente e deduzir pretensões sob o CAFTA e a Lei de Investimento de El Salvador como um nacional dos Estados Unidos. A consequência deste abuso somente pode ser a extinção por inteiro desta arbitragem.”⁶

O Tribunal estabeleceu primeiramente sua abordagem geral à questão da prova com respeito a esta questão. Neste sentido, dois fatores distintos foram relevantes: (i) o ônus da prova e (ii) o parâmetro de prova necessário para se desincumbir deste ônus.

Parâmetro de Prova

Tendo o Tribunal recebido uma quantidade substancial de material probatório direcionado às questões factuais, o Tribunal entendeu ser inapropriado aplicar a estas questões um parâmetro reduzido de prova em benefício da Demandante, uma vez que o Tribunal poderia chegar de maneira justa a sua decisão através de um conjunto probatório suficiente para o qual ambas as Partes tiveram a completa oportunidade de contribuir e, ainda, contribuíram substancialmente.

A aplicação deste parâmetro “*prima facie*”, ou semelhantes, se limita a testar os méritos de um caso de um Demandante em fase jurisdicional; e não pode ser aplicado a uma questão factual sobre a qual depende diretamente a jurisdição do Tribunal, como as questões deste caso de Abuso de Processo, Ratione Temporis e Denegação de Benefícios.

⁶ ¶ 2.20

O Tribunal, portanto, decidiu, em relação à todos os fatos controversos relevantes para as questões jurisdicionais sob o CAFTA, não aplicar o parâmetro reduzido “*prima facie*” em favor da Demandante; mas, em vez disso, o parâmetro mais falto de prova aplicável aos casos de ambas as Partes, seja descrito como a preponderância da evidência ou um parâmetro baseado em um balanço de probabilidades. Ao chegar a esta decisão, o Tribunal destacou que a objeção da Demandada à jurisdição baseada no Abuso de Processo pela Demandante não opera, em teoria legal, como uma barreira à existência da jurisdição do Tribunal; mas, em vez disso, como uma barreira ao exercício desta jurisdição, assumindo necessariamente a existência de jurisdição. Para o propósito presente, o Tribunal considerou ser essa uma distinção sem uma diferença.

Ônus da Prova

No que concerne o ônus da prova, na visão do Tribunal, não se pode negar que uma parte que apresenta uma alegação positiva deve ordinariamente prová-la satisfatoriamente ao Tribunal. Neste nível jurisdicional, a Demandante deveria ter provado que o Tribunal tem jurisdição. Claro, se existem objeções positivas à jurisdição, o ônus pertence à Parte que apresenta estas objeções, em outras palavras, aqui, a Demandada.

Para os propósitos de sua Decisão, o Tribunal adotou uma abordagem genérica às alegações fáticas controversas das Partes, a partir da qual todos os elementos de prova aduzidos pelas Partes são considerados pelo tribunal com o objetivo de determinar se a Demandante e a Demandada se desincumbiram dos respectivos ônus de provar os respectivos casos.

b. A Análise do Tribunal

O Tribunal entendeu como fato relevante, que um dos principais propósitos da mudança na nacionalidade da Demandante foi o acesso então adquirido à proteção de seus direitos de investimento sob o CAFTA e seu procedimento para arbitragem internacional, disponível contra a Demandada. Em que pese o Tribunal ter aceitado que outro propósito foi o de economizar despesas desnecessárias para o grupo de companhias Pacific Rim, o Tribunal entendeu, como fato, baseado no próprio material probatório da Demandante, que tal propósito não era o dominante, muito menos o único, motivo para a mudança. Como devidamente enfatizado pela Demandada, “... a Demandada não apresentou evidência de que os custos de manutenção de uma companhia de responsabilidade

*limitada em Nevada são significativamente mais baratos do que ser incorporada nas Ilhas Cayman.*⁷

Não foi contestado entre as Partes que as circunstâncias deste caso foram decisivas no que diz respeito ao tempo no qual as medidas relevantes ocorreram e a disputa entre as Partes surgiu, se ocorreu antes ou depois da mudança da nacionalidade da Demandante em 13 de dezembro de 2007.

Para determinar se a mudança de nacionalidade da Demandante foi ou não um abuso de processo, o Tribunal deve primeiro determinar se as medidas ou práticas relevantes de El Salvador tiveram lugar antes ou depois da mudança de nacionalidade, em 13 de dezembro de 2007. Essa abordagem, por sua vez, requereu que o Tribunal determinasse a natureza legal destas medidas relevantes.⁸ Para identificar essas medidas ou práticas, o Tribunal deve necessariamente analisar os próprios pleitos da Demandante. Ao fazê-lo, o Tribunal considerou que o caso da Demandante foi mais claramente exposto e explicado durante a Audiência, quando foi afirmado que:

“A medida em questão (...) qual seja, a medida que é a base para a articulação da Demandante de violações pela Demandada de obrigações no plano do direito internacional é a prática de retenção de licenças relacionadas à mineração. É essa medida que forma a base de nossos pedidos...”

Portanto, o Tribunal o caso pleiteado pela Demandante como se alegando uma prática da Demandada que veio ao conhecimento da Demandante somente através do discurso transmitido do Presidente Saca em março de 2008 (que anunciou que ele se opunha à concessão de novas licenças de mineração). Essa prática, alegadamente, consistiria como ato contínuo ou ato composto em violação ao CAFTA e pelos quais a Demandante pleiteia indenização somente a partir de março de 2008.

Ao final da Audiência, o Tribunal solicitou que ambos, Demandante e Demandada, comentassem sobre como e (se assim) quando a alegada prática constitui um ato contínuo ou ato composto, uma vez que estes dois termos são utilizados nos Artigos 14 e 15, respectivamente, dos Artigos da ICL sobre Responsabilidade do Estado e, em particular, se os pedidos pleiteados pela Demandante foram baseados em alegada conduta da Demandada que antecedeu a mudança de nacionalidade da Demandante, em 13 de dezembro de 2007.

⁷ ¶ 2.41

⁸ ¶ 2.52

A questão de se identificar precisamente quando um ato internacionalmente ilícito tomou lugar possui consequências importantes na lei de responsabilidade internacional; e, no que concerne arbitragem internacional de investimento sob um tratado, pode diretamente afetar (como aqui) o exercício de jurisdição por um tribunal.

No caso particular, três situações diferentes podem surgir: (i) uma medida é um “ato único”, isto é, um ato completado em um momento preciso; ou (ii) é um ato “contínuo”, que é o mesmo ato que continua enquanto é uma violação das regras em vigor; ou, (iii) é um ato “composto”, que é um ato composto de outros atos dos quais é legalmente diferente. Essas distinções importantes e bem estabelecidas sob o direito internacional costumeiro, são consideradas nos Comentários aos Artigos da ICL sobre Responsabilidade do Estado.⁹

A medida relevante no presente caso foi um ato contínuo ou um ato composto? Isso é importante se o ato contínuo ou composto se estende sobre uma data crítica, neste caso a mudança de nacionalidade da Demandante em 13 de dezembro de 2007.

Referentemente a um ato composto, os Comentários da ICL ditam: *“Em casos onde a obrigação relevante não existia no início do curso da conduta, mas passou a existir a partir de então, a “primeira” das ações ou omissões da série, para os propósitos da responsabilidade do Estado, será a que primeiro ocorrer após o momento em que as obrigações passaram a existir.*

O parágrafo 1 do artigo 15 define a data na qual um ato composto ocorre, como a data em que a última ação ou omissão ocorreu...”¹⁰

A Demandante pleiteou que a alegada prática ilícita das Demandantes é uma prática negativa de não outorgar qualquer concessão de mineração. Ainda, em que pese houvessem prazos fixados sob a lei salvadorenha para a outorga de licenças e concessões, a Demandante entendeu que as próprias autoridades salvadorenhas não trataram esses prazos como prazos definitivos, após os quais licenças e concessões não poderiam, de maneira alguma, ser outorgadas à Demandante.

Na visão do Tribunal, sobre os fatos particulares deste caso, como pleiteados pela Demandante, uma omissão que se estende sobre um período de tempo e que, no

⁹ ¶¶ 2.67 – 2.70

¹⁰ Comentários da ICL, pp. 63-64

entender razoável de uma parte relevante, não parece definitiva, deveria ser considerada como um ato contínuo de acordo com o direito internacional. A natureza legal da omissão não mudou durante o tempo: as licenças e concessões permaneceram não sendo outorgadas. A controvérsia começou com um problema sobre a não-outorga das licenças e concessões; e permaneceu uma controvérsia sobre a prática de não outorgar as licenças e concessões de mineração.

Portanto, o Tribunal determinou que a interdição de facto deveria ser considerada como um ato contínuo sob o direito internacional, que: (i) surgiu em um certo momento no período após o requerimento da Demandante de licenças ambientais e concessão de exploração, mas antes da mudança de nacionalidade da Demandante em dezembro de 2007; e (ii) continuou após dezembro de 2007, sendo publicamente reconhecida pelo discurso do Presidente Saca em março de 2008; ou, em outras palavras, que as alegadas práticas continuaram após a mudança de nacionalidade da Demandante em 13 de dezembro de 2007.

Consequências Legais: Quais são as consequências legais da existência de um alegado ato contínuo que se sobrepôs à mudança de nacionalidade da Demandante? Esta inquirição toca não somente sobre a questão do Abuso de Processo, mas também sobre a questão de Ratione Temporis.

(i) *Abuso de Processo*

O Tribunal considerou primeiramente o ponto no tempo no qual uma mudança de nacionalidade pode se tornar abuso de processo. Na visão do Tribunal, a linha divisória ocorre quando a parte relevante pode ver uma verdadeira disputa ou pode antever uma disputa futura específica como uma alta probabilidade e não meramente como uma possível controvérsia.

Neste diapasão, o Tribunal aceitou que: “... é claramente um abuso um investidor manipular a nacionalidade de uma empresa subsidiária de fachada para obter jurisdição sob um tratado internacional quando o investidor estiver ciente que eventos que afetem negativamente seu investimento e podem levar a arbitragem ocorreram”. Em particular, abuso de processo deve precluir manipulações inaceitáveis por um Demandante atuando de má fé, e completamente ciente da existência de uma disputa futura.

“... o investidor tem controle substancial sobre os estados de desenvolvimento da disputa (...). Uma vez que é o investidor quem deve expressar discordância com uma ação ou omissão governamental e é o investidor quem deve formular pleitos legais, o investidor

pode adiar o desenvolvimento de uma disputa até estes estágios até que tenha completado a mudança manipulativa de nacionalidade.”¹¹

(ii) Ratione Temporis

O Tribunal decidiu que para que exista jurisdição *ratione temporis* sob o CAFTA, neste caso, deve haver disputa entre as Partes após a aplicação do CAFTA à Demandante em consequência de sua mudança de nacionalidade em 13 de dezembro de 2007, baseado em um ato ou medida contínua que existia após esta data.

A data relevante para decidir sobre a questão do Abuso de Processo deve necessariamente anteceder a data para decidir a questão *Ratione Temporis*. Se a alegada prática fosse um ato contínuo (como concluído pelo Tribunal), significaria que a prática se iniciou antes da mudança de nacionalidade da Demandante e continuou após tal mudança.

A alegada medida da Demandante (a interdição de facto requerida em seus pleitos CAFTA), foi entendida pelo Tribunal como um ato contínuo relevante para os pleitos da Demandante de compensação a partir de março de 2008 (não antes); Assim, a medida se tornou conhecida pela Demandante somente a partir da transmissão pública do discurso do Presidente Saca em 11 de março de 2008; e que, conseqüentemente, não foi conhecida ou prevista pela Demandante antes de 13 de dezembro de 2007 como uma verdadeira ou específica disputa com a Demandada sob o CAFTA.

2.2. Questão B – *Ratione Temporis*

a. Geral

A questão *Ratione Temporis* não foi decisiva sobre a jurisdição do Tribunal em relação aos pleitos da Demandante sob o CAFTA. Nestas circunstâncias, o Tribunal abordou a questão brevemente, como medida de cortesia às Partes.

b. A Análise do Tribunal

Os questionamentos relevantes a serem abordadas nesta questão foram: (i) se, para ser um investidor efetuando um investimento sob o Artigo 10.28 do CAFTA, uma empresa deveria já ser um nacional ou uma empresa de uma Parte ou se tal nacionalidade poderia ser adquirida após a realização do investimento; (ii) qual é a medida relevante e qual data deveria ser considerada como data da

¹¹ ¶ 2.100

medida para o propósito desta questão; e (iii) a relevância que o Tribunal deve conceder, se alguma, para a sentença na arbitragem do Commerce Group.¹²

(i) *O Primeiro Questionamento*¹³: Na opinião do Tribunal, para os propósitos desta questão *Ratione Temporis*, o que exige o CAFTA¹⁴ não é que o investidor deva portar a nacionalidade de uma das Partes antes que o investimento seja realizado, mas que tal nacionalidade exista antes da alegada violação do CAFTA pela outra Parte. Portanto, no que se refere esta questão no presente caso, o Tribunal deveria determinar quando a disputa das Partes surgiu para que pudesse estabelecer se a nacionalidade exigida da Demandante sob a nacionalidade do CAFTA estava presente na data relevante.

(ii) *O Segundo Questionamento*¹⁵: O Tribunal determinou que a disputa relevante no que se refere aos pleitos da Demandante (a interdição de facto de mineração resultante de uma prática de retenção das licenças e concessões relacionadas a mineração) surgiu, ao menos, em 13 de março de 2008.

A determinação do Tribunal tem diversas consequências para a questão *Ratione Temporis*. Primeiro, como questão cronológica, no momento que a disputa surgiu em março de 2008, a Demandante era uma nacional dos EUA, uma Parte do CAFTA (a partir de 13 de dezembro de 2007). Segundo, a medida relevante alegada pela Demandante vai necessariamente focar em atos ou omissões ilícitas sob o CAFTA, que alegadamente tiveram lugar não antes de março de 2008.

(iii) *O Terceiro Questionamento*¹⁶: Na opinião do Tribunal, o presente caso difere da arbitragem *Commerce Group*. A medida relevante aqui, ao contrário daquela naquele procedimento, não é uma medida específica e identificável do governo que efetivamente extinguiu os direitos do investidor em um momento específico no tempo (i.e. a extinção de uma licença ou permissão, denegação de uma aplicação, etc.), mas sim a alegada prática contínua da Demandada em reter licenças e concessões em protelação da exploração do investimento de mineração de metais. Ademais, nenhuma medida judicial contra a Demandada foi

¹² Caso CIRDI No. ARB/09/17, Sentença, 14 de março de 2011, <https://sites.google.com/a/internationalarbitrationcaselaw.com/www/new-cases/commercevsalvadordecisiononjurisdictionbyfabriciofortese>

¹³ ¶¶ 3.32 – 3.34

¹⁴ Artigo 10.28

¹⁵ ¶¶ 3.35 – 3.38

¹⁶ ¶¶ 3.39 – 3.43

apresentada perante as cortes salvadorenhas locais pela Demandante. Ainda que caberá à Demandante provar suas alegações no estágio de mérito deste procedimento, o modo como o caso foi apresentado e clarificado pela Demandante perante este Tribunal indica que a distinção feita na Sentença *Commerce Group* era inaplicável a esta questão *Ratione Temporis*.

2.3. *Questão C – Denegação de Benefícios*

a. *Geral*

Essa terceira questão surgiu sob o Artigo 10.12.2 do CAFTA, que permite (mas não exige) a uma Parte do CAFTA: “... *negar os benefícios do [Capítulo 10 do CAFTA] a um investidor de outra Parte que é uma empresa de tal Parte, e do investimento de tal investidor se a empresa não possui atividades negociais substanciais no território de qualquer Parte, outra que não a Parte que está negando e pessoas de uma não-Parte, ou da Parte que está negando, ou possui ou controla a empresa*”. (“Empresa” é um termo ampliativamente definido nos Artigos 10.28 e 2.1 do CAFTA).

Como expressamente transcrito no CAFTA, é significativo que os “benefícios” negados sob o Artigo 10.12.2 do CAFTA incluam todos os benefícios conferidos ao investidor sob o Capítulo 10 do CAFTA, incluídas ambas a Seção A sobre “Investimento” e a Seção B sobre “Resolução de Disputas Investidor-Estado”. Seção B especificamente contém o Artigo 10.16(3)(a) do CAFTA, prevendo arbitragem CIRDI, como invocado pela Demandante para estabelecer a jurisdição do Tribunal. Portanto, o Tribunal determinou que deve interpretar o texto relevante do CAFTA autonomamente, de acordo com os princípios relevantes para interpretação de tratados sob direito internacional, como codificado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O Tribunal abordou esta questão sobre a denegação de benefícios sob a fundamentação de que cabe primeiramente à Demandada estabelecer, por ambos lei e fato, sua alegação positiva de que a Demandada efetivamente denegou os benefícios relevantes sob o CAFTA, conforme o Artigo 10.12.2 do CAFTA.

b. *A Análise do Tribunal*

A aplicação do Artigo 10.12.2 do CAFTA exigia que a Demandada estabelecesse duas condições: (i) que a Demandante não possui atividades negociais substanciais no território dos EUA (além da mera forma) e (ii) que (a) a Demandante é propriedade de pessoas de uma Parte que não é do CAFTA (Canadá), ou (b) que a Demandante é controlada por pessoas de uma Parte que não é do CAFTA (também Canadá, ou ao menos que não fossem dos EUA ou da Demandada como Partes do CAFTA). Adicionalmente, o Tribunal considerou se

uma terceira condição é exigida quanto à data na qual a Demandada deveria ter negado os benefícios sob o Artigo 10.12.2 do CAFTA e, se assim o fosse, se o prazo foi respeitado pela Demandada no presente caso.

(i) *Atividades Negociais Substanciais*¹⁷: o grupo de companhias do qual a Demandante faz parte tem, e teve desde dezembro de 2007, atividades negociais substanciais nos EUA. Entretanto, na visão do Tribunal, a primeira condição do Artigo 10.12.2 do CAFTA se refere não às atividades coletivas de um grupo de companhias, mas às atividades atribuíveis à “empresa” em si, neste caso a Demandante.

Portanto, o questionamento relevante era se a Demandante em si possuía atividades negociais substanciais nos EUA a partir de 13 de dezembro de 2007. Na visão do Tribunal, a evidência apresentada neste procedimento mostrou somente que a Demandante era uma atriz passiva tanto nos EUA como nas Ilhas Cayman, seja antes ou depois de dezembro de 2007, não havendo mudança material em consequência de sua mudança de nacionalidade.

A localização (ou não localização) das atividades da Demandante permaneceram essencialmente as mesmas, não obstante a mudança de nacionalidade; e tais atividades eram igualmente insubstanciais.

As atividades da Demandante, tanto nas Ilhas Cayman quanto nos EUA, eram principalmente a de deter ações de suas subsidiárias em El Salvador. As atividades da Demandante como uma sociedade holding não eram direcionadas às atividades negociais de suas subsidiárias nos EUA, mas sim em El Salvador, e eram “mais semelhantes a uma companhia de fachada sem localização geográfica para suas nominais, passivas, limitadas e insubstanciais atividades.”

(ii) *Propriedade/Controle*¹⁸: A Demandante é propriedade exclusiva de sua sociedade mãe Canadense, Pacific Rim, uma pessoa de uma Parte que não pertence ao CAFTA. Entretanto, uma maioria de seus acionistas nesta empresa canadense, pessoas naturais e jurídicas, residem, ou ao menos possuem endereços postais, nos EUA. De acordo com a Demandante, esse fator resulta no fato de a Demandante ser propriedade, mesmo que indireta, de pessoas de uma Parte que pertence ao CAFTA (nomeadamente os EUA).

¹⁷ ¶¶ 4.63 – 4.78

¹⁸ ¶¶ 4.79 – 4.82

Na visão do Tribunal, a Demandada estava correta ao aplicar o Anexo 2.1 do CAFTA se referindo a pessoas naturais como nacionais dos EUA para o Ato dos Estados Unidos sobre Imigração de Nacionalidade. Os requerimentos daquele estatuto para cidadania dos EUA ou visto permanente não podem ser atingidos somente ao alegar meros endereços postais de acionistas da empresa mãe canadense, mesmo assumindo que fossem pessoas naturais ou de qualquer maneira convenientes ou apropriadas para propósitos domésticos.

Consequentemente, o Tribunal entendeu como fato que a Demandante é de propriedade da Corporação Pacific Rim, uma pessoa jurídica de uma Parte que não pertence ao CAFTA. Nestas circunstâncias, não era necessário que o Tribunal decidisse a parte alternativa deste segundo questionamento, referente ao controle conforme o Artigo 10.12.2 do CAFTA.

*(iii) Tempestividade*¹⁹: Não existe prazo expreso no CAFTA para escolha por uma Parte do CAFTA para negar benefícios conforme o Artigo 10.12.2 do CAFTA.

Dado que esta foi a primeira denegação de benefícios por qualquer Parte do CAFTA sob o Artigo 10.12.2 do CAFTA, a denegação de benefícios à Demandante sob o CAFTA era uma decisão que requeria atenção particular pela Demandada, e não era aparente que a Demandada procurou deliberadamente ou realmente obteve alguma vantagem sobre a Demandante ao esperar até 01 de março de 2010 (conforme notificação aos EUA) ou 03 de agosto de 2010 (para a sua invocação de denegação de benefícios à Demandante).

Segundo, essa era uma arbitragem sujeito à Convenção e as Regras de Arbitragem do CIRDI, como escolhido pela Demandante conforme o Artigo 10.16(3)(a) do CAFTA. Conforme o Artigo 41 das Regras de Arbitragem do CIRDI, qualquer objeção pelo demandado de que qualquer disputa não se encontra dentro da jurisdição deste Centro, ou, por outras razões, não se encontra dentro da competência do tribunal “deverá ser feita o mais cedo possível” e “antes do escoamento do prazo fixado para a apresentação do contra-memorial”. Na visão do Tribunal, a Demandada respeitou o prazo imposto pelo Artigo 41 das Regras de Arbitragem do CIRDI.

Terceiro, o Tribunal aceitou a fundamentação da Submissão da Costa Rica, baseado no Artigo 1 do Projeto do ICL sobre Proteção Diplomática (2006). O artigo 16 do Projeto do ICL faz distinção entre proteção diplomática e outras ações e procedimentos. O Tribunal também destacou uma distinção entre

¹⁹ ¶¶ 4.83 – 4.91

proteção diplomática conforme o Artigo 27(1) do CIRDI e “trocas diplomáticas informais para o único propósito de facilitar a resolução de uma disputa” conforme o Artigo 27(2) do CIRDI.

Na visão do Tribunal, os dois procedimentos do CAFTA previstos pelos Artigos 418.3 e 20.4 do CAFTA, não são considerados proteção diplomática sob o direito internacional. Portanto, o Tribunal rejeitou a argumentação da Demandante baseada no Artigo 27(1) do CIRDI.

Relativamente ao Artigo 25 (1) do CIRDI, o Tribunal aceitou a argumentação da Demandada para o efeito de que o consentimento da Demandante à arbitragem CIRDI conforme o Artigo 10.16(3)(a) do CAFTA é, desde o princípio, necessariamente qualificada pelo Artigo 10.12.2 do CAFTA. Uma denegação de benefícios por uma Parte do CAFTA invocada após o início de uma arbitragem CIRDI não pode ser tratada como a retirada unilateral do consentimento à arbitragem ICSID por uma Parte, conforme o Artigo 25 (1) do CIRDI.

2.4. *Questão D – Lei de Investimento*

a. *Geral*

A Demandada independentemente e alternativamente aduziu outra objeção no sentido de que o Tribunal não possui jurisdição sob a Lei de Investimento de El Salvador para decidir os pedidos da Demandante que não se relacionam ao CAFTA.

Na opinião do Tribunal, o debate das Partes nesta questão separada poderia ser determinada principalmente como uma questão de interpretação legal, onde questões relacionadas à prova não possuíam relevância material. Cabia, entretanto, em última instância e em consequência desta interpretação, à Demandante estabelecer a jurisdição do Tribunal sobre os seus pedidos que não se relacionavam ao CAFTA.

b. *A Análise do Tribunal*

(i) *Lei de Investimento*²⁰

Conforme o Artigo 25 da Convenção do ICSID, a jurisdição do Centro se estende à: “qualquer disputa legal surgida diretamente de um investimento entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante *que as partes em disputa consentem por escrito em submeter ao Centro*” (destaque não presente no original).

²⁰ ¶¶ 5.27 – 5.40

O Artigo 15 da Lei de Investimento prevê: “No caso de disputas surgidas entre investidores estrangeiros e o Estado, referentes ao seu investimento em El Salvador, os investidores poderão submeter a disputa: (a) ao Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (CIRDI), para que a disputa seja resolvida (...) em conformidade com a Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento Entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Convenção do CIRDI)”.

O Tribunal determinou que o Artigo 15 da Lei de Investimento deve ser interpretado em conformidade com as palavras efetivamente utilizadas, interpretadas de maneira natural e razoável. Neste sentido, o Tribunal entendeu que o texto do Artigo 15 é claro e não ambíguo. Claramente convida investidores estrangeiros a decidir se submeterão seus pleitos às cortes locais (Artigo 15, primeiro parágrafo) ou aos tribunais CIRDI (Artigo 15, segundo parágrafo, (a) e (b)), portanto, conferindo o consentimento da Demandada exigido pelo Artigo 25 da Convenção do CIRDI, que o investidor pode aceitar.

Nada na Convenção CIRDI estabelece a necessidade de texto específico em legislação nacional ou qualquer outro ato unilateral pelo qual o Estado consente à jurisdição do CIRDI. O consentimento deve ser evidente e por escrito; e, na opinião do Tribunal, ambos os requerimentos foram devidamente respeitados no presente caso.

Portanto, o Tribunal decidiu que o texto do Artigo 15 da Lei de Investimento contém o consentimento da Demandada para submeter a resolução de disputas com investidores estrangeiros à jurisdição do CIRDI.

(ii) *Constituição Salvadorenha*²¹

Relativamente à Constituição salvadorenha²², o Tribunal não entendeu ser esta incompatível ou inconsistente com o consentimento provido à jurisdição do CIRDI no Artigo 15 da Lei de Investimento.

O Artigo 146 da Constituição salvadorenha permite ao Estado salvadorenho submeter disputas à arbitragem ou a um tribunal internacional em tratados ou contratos como uma qualificação às restrições feitas anteriormente na Constituição; e deve ser lido neste contexto (i.e. quais tratados ou contratos de concessões podem conter ou não).

²¹ ¶¶ 5.41 – 5.44

²² Artigo 146.

O Tribunal não encontrou mérito no argumento da Demandada de que, se o Artigo 15 constituída consentimento, os pleitos da Demandante estavam preclusos por não ter falhado em iniciar conciliação antes da arbitragem. A conjunção “e” no Artigo 15 da Lei de Investimento somente pode significar que ambos os mecanismos de soluções de controvérsias previstos na Convenção do CIRDI estão disponíveis à Demandante. Uma vez que o consentimento tenha sido dado pela Demandada (como na forma do Artigo 15), cabe à parte instituindo o procedimento a escolha entre conciliação e arbitragem sob a Convenção do CIRDI.

(iii) *Renúncia ao CAFTA*²³

Relativamente à questão que se relaciona à renúncia ao CAFTA pela Demandada, o Tribunal considerou que já abordou completamente a mesma questão em sua decisão de 2 de agosto de 2010²⁴; e aqui confirmou o pronunciamento. Particularmente, o Tribunal entendeu não haver dificuldade jurídica na existência de uma arbitragem CIRDI baseada em pleitos diferentes, surgida de proteções de investimento diversas e convenções de arbitragem separadas mas idênticas, CAFTA e Lei de Investimento. Ao contrário, quando o consentimento à jurisdição do mesmo tribunal está contido em dois ou mais instrumentos, a sugestão da Demandante de que procedimentos arbitrais CIRDI diferentes devem ser iniciados sob cada instrumento, tornaria ineficaz as inclinações naturais de ambos, investidores e Estado, à justiça, consistência e eficiência procedimental em arbitragem internacional.

(iv) *Indivisibilidade de Procedimentos Arbitrais*²⁵

Relativamente à indivisibilidade, o Tribunal repetiu o parágrafo 253 de sua decisão de 02 de agosto de 2010:

“Na visão do Tribunal, estes procedimentos arbitrais são indivisíveis, sendo a mesma e única arbitragem CIRDI entre as mesmas partes e perante o mesmo Tribunal em resposta à mesma Notificação de Arbitragem (...). Decidir de outra maneira requereria interpretação do Artigo 10.18(2) do CAFTA inteiramente em conflito com seu objeto e propósito, e potencialmente resultando em injustiça flagrante a um demandante. Não há injustiça correspondente à Demandada em manter este procedimento CIRDI como uma única arbitragem. Em particular, a Demandada não enfrenta qualquer risco de duplo

²³ ¶ 5.45

²⁴ Caso CIRDI No. ARB/09/12, 02 de agosto de 2010, ¶¶ 252-253.

²⁵ ¶¶ 5.46 – 5.47

perigo. Finalmente, é dificilmente uma objeção legítima à competência deste Tribunal a de que exerce jurisdição sobre as Partes baseado não no consentimento à tal jurisdição pela Demandada, mas baseada em dois consentimentos cumulativos pela Demandada. É um fato histórico incontroverso que diversos tribunais arbitrais tem exercido jurisdição baseado em mais de um consentimento por uma parte litigante, sem que tenham sido desprovidos de jurisdição.”

O Tribunal Considerou que este procedimento arbitral CIRDI é indivisível; mas não considerou que os pedidos da Demandante são indivisíveis, dada da decisão do Tribunal de negar jurisdição sobre os pleitos da Demandante relacionados ao CAFTA. O que remanesceu neste procedimento para ser decido no mérito são os pedidos da Demandante não relacionados ao CAFTA, e a jurisdição do Tribunal para decidir estes pedidos neste procedimento arbitral CIRDI não pode ser afetada pela sua rejeição dos pedidos da Demandante relacionados ao CAFTA conforme esta decisão. Para este fim, o Tribunal aceitou a argumentação da Demandante de que “... a Demandante iniciou este procedimento ao invocar tanto o CAFTA como a Lei de Investimento, e o Tribunal já entendeu que essa dupla invocação de consentimento não violou dispositivo de renúncia da Demandante. Uma vez que o início do procedimento não violou a renúncia, dificilmente pode ser imaginado que a continuação poderia de alguma maneira o fazê-lo, independente de quais pedidos foram providos e quais não foram...”²⁰⁰.

2.5. Questão E – Custas Legais e da Arbitragem

a. Geral

Essa questão quanto aso custos surgiu do Artigo 28 (1) das Regras de Arbitragem do CIRDI e dos Artigos 10.20.4 e 10.20.6 do CAFTA. Também se origina do Parágrafo 266 (3) da decisão do Tribunal de 02 de agosto de 2010, onde o Tribunal reservou seus poderes para decidir sobre as custas conforme o Artigo 10.20.6 do CAFTA até o estágio final deste procedimento arbitral.

b. A Análise do Tribunal

O Tribunal considerou que nem a Demandante nem o Demandado podem ser considerados como tendo triunfado ou sucumbido inteiramente em seus respectivos casos. Apesar de os pedidos da Demandante relacionados ao CAFTA não poderem mais ser intentados nesta arbitragem como consequência desta Decisão, os pedidos da Demandante que não se relacionam ao CAFTA podem avançar na fase de decisão de mérito da disputa entre as Partes.

Nestas circunstâncias, o Tribunal considerou que, no exercício de sua discricção conforme o Artigo 28 (1) das Regras de Arbitragem do CIRDI, o resultado

eventual destes pedidos não relacionados ao CAFTA, no mérito, podem ensejar um fator altamente relevante para qualquer decisão quanto à alocação final dos custos legais e de arbitragem entre as Partes. Em razão de sua discricão, o Tribunal não decidirá nesta ocasião sobre a alocação de quaisquer custas legais e de arbitragem incorridas durante a segunda fase deste procedimento arbitral.

3. *Decisões do Tribunal*

Pelas razões e sob os fundamentos expostos acima, o Tribunal decide:

- (A) Quantos aos pedidos da Demandante relacionados ao CAFTA:
 - (1) indeferir a objeção jurisdicional da Demandada fundamentada: na questão do “Abuso de Processo” e na questão “Ratione Temporis”;
 - (2) aceitar a objeção jurisdicional da Demandada fundamentada na questão de “Denegação de Benefícios”;
 - (3) declarar que o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (“o Centro”) e o Tribunal não tem jurisdição ou competência para decidir sobre tais pedidos relacionados ao CAFTA, conforme os Artigos 10.16 e 10.17 do CAFTA e o Artigo 25 (1) do CIRDI;
- (B) Quanto aos pedidos da Demandante sob a Lei de Investimento, o Tribunal indeferiu as objeções jurisdicionais da Demandada e declarou que o Centro e o Tribunal possuem jurisdição e competência para decidir sobre tais pleitos, conforme o Artigo 25 (1) do CIRDI;
- (C) Quantos às custas, o Tribunal não decidiu sobre a questão das custas legais e de arbitragem, enquanto especificamente reservando totalmente sua jurisdição e poderes quanto à todas as decisões sobre custas para o estágio final deste procedimento arbitral; e
- (D) Quanto à todos os outros assuntos, o Tribunal reteve totalmente sua jurisdição e poderes gerais para decidir tais questões, seja por ordem, decisão ou sentença.