

La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica

Paula Alomía Barberán*

Jesús Longo Romero**

Recibido/Received: 31/07/2020

Aceptado/Accepted: 29/09/2020

SUMARIO: 1. Una breve noción sobre bifurcación. 2. ¿Qué dice la ley sobre la bifurcación? 3. El caso Glamis Gold como una guía para aplicar la bifurcación de los procedimientos arbitrales. 4. ¿Qué ha pasado en la práctica? Una comparación de casos. 4.1. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*. 4.2. *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*. 4.3. *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*. 4.4. *Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia*. 4.5. *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina*. 4.6. *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*. 5. Problemas identificados. 6. ¿Qué pasa entonces con la seguridad jurídica? 7. La Regulación de la Bifurcación en Arbitraje Internacional. Una propuesta práctica. 8. Conclusión.

RESUMEN: La flexibilidad del arbitraje como procedimiento, contrario a la justicia ordinaria, permite cambios en la estructura del procedimiento como tal, uno de estos cambios es la bifurcación. La separación del procedimiento arbitral en distintas fases, en este caso en particular la separación del

* Abogada por la Universidad de Los Hemisferios. Correo electrónico: paulaalomiab@gmail.com

** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado en el estudio jurídico Coronel & Pérez. Correo electrónico: jlongo@coronelyperez.com

P. ALOMÍA BARBERÁN & J. LONGO ROMERO, “La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 237-259.



procedimiento en una fase preliminar de jurisdicción y una fase subsiguiente de méritos es un tema aún controvertido y poco explorado. Si bien existe un precedente que delimitó los criterios que deberían ser cumplidos para que la bifurcación sea aplicable, la interpretación y aplicación de estos criterios por los tribunales arbitrales sigue presentando incontables inconsistencias. En este artículo, después de una breve revisión de lo que se entiende por bifurcación y de lo que la ley dice al respecto, se hará una comparación de casos en los que se ha presentado una solicitud de bifurcación para tener una visión más clara de cómo han actuado los tribunales, y para poder identificar los problemas que presenta este tema.

PALABRAS CLAVE: bifurcación, cuestión preliminar, objeciones a la jurisdicción, eficiencia, seguridad jurídica.

The regulation of bifurcation in international arbitration and legal certainty

ABSTRACT: The flexibility of arbitration as a procedure, contrary to ordinary justice, allows modifications on the structure of the procedure *per se*, one of these modifications is bifurcation. The separation of the arbitral procedure into different phases, in this particular case the separation of the proceedings into a preliminary jurisdiction phase and a subsequent merits phase, is a controvert issue. Although there is a precedent that defined the criteria that should be met for the bifurcation to be applicable, the interpretation and application of these criteria by the arbitral tribunals continues to show inconsistencies. In this article, after a brief review of what is meant by bifurcation and what the law says about it, a comparison of cases in which a bifurcation request has been presented will be made to have a clearer vision of how the tribunals have acted, and in order to identify the problems presented by this issue.

KEYWORDS: bifurcation, preliminary question, objections to jurisdiction, efficiency, juridical security.

1. UNA BREVE NOCIÓN SOBRE BIFURCACIÓN

Etimológicamente, el término bifurcación se refiere a “la división de algo en dos ramas o partes”¹. En este artículo, nos referiremos a la separación de la fase de jurisdicción de la fase de méritos en un procedimiento arbitral. Contrario a la justicia ordinaria, la cual está regida por reglas procesales estrictas, “la flexibilidad de procedimiento que ofrece el arbitraje permite a los tribunales ser creativos tanto en lo que respecta a la decisión de delimitar las actuaciones como a la forma de hacerlo”². En este sentido, y dado el principio *competence-competence*, y el poder discrecional de los árbitros, la decisión de si analizar y decidir sobre las objeciones de jurisdicción en una fase preliminar, previa y separada de la fase de méritos, depende del mismo tribunal cuya jurisdicción se está objetando. En palabras de BORN “como consecuencia de la doctrina de *competence-competence*, el foro más común para las objeciones jurisdiccionales es en los procedimientos ante un tribunal arbitral”³.

A pesar de que no hay una regla general sobre cómo decidir en casos de bifurcación, sí hay, al menos en la doctrina, una preferencia por una revisión temprana de las objeciones jurisdiccionales, principalmente porque esto puede ahorrar tiempo y dinero mediante la resolución del caso o la reducción del alcance de la controversia, lo que hará que el procedimiento sea más eficiente. Así, si la bifurcación es aceptada, y se encuentra que de hecho existe una falta de jurisdicción o competencia, los costos de la producción documental, de la

1. Oxford Dictionaries, *Bifurcation*, <<https://bit.ly/3eJ9Mm3>> (16/07/2018).

2. L. GREENWOOD, “Does Bifurcation Really Promote Efficiency?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 8(2), 2011.

3. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, 2014.

presentación de los testimonios de los testigos y expertos, y de otros requerimientos procesales relacionados a los méritos, serán evitados. El tiempo que la litigación de los méritos involucra, también será evitado.

Sin embargo, este escenario se da la vuelta cuando consideramos que la bifurcación abre dos posibilidades. Por un lado, la objeción puede ser confirmada por el tribunal y se ahorrará todo el tiempo y los costos en los que las partes habrían incurrido de otro modo al entablar un litigio sobre el fondo en lo que puede ser un foro ilegítimo. Por otro lado, si una vez que la bifurcación ha sido aceptada, la objeción es rechazada, las partes enfrentarán otro procedimiento (la fase de méritos) y, además, se habría producido un retraso innecesario. Al final, la pregunta de si bifurcar o no los procedimientos, requerirá un análisis que balancee todas estas posibilidades y una decisión en la que la justicia y la eficiencia del procedimiento prevalezcan.

2. ¿QUÉ DICE LA LEY SOBRE LA BIFURCACIÓN?

A nivel nacional, la legislación ecuatoriana no menciona expresamente el tema de la bifurcación de procedimientos arbitrales, ni en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), ni en los reglamentos de ninguno de los centros de arbitraje locales. No obstante esto, en Ecuador la bifurcación es la regla general, plasmada en el hecho de que existan dos audiencias, una audiencia preliminar de sustanciación en la que, precisamente, se resuelven las cuestiones sobre competencia, y una audiencia de juicio, en la que se analizan y se decide sobre los méritos del caso. Bajo una perspectiva internacional, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), al igual que el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), proveen expresamente que la bifurcación del procedimiento

arbitral dependerá únicamente de la decisión del tribunal. El Artículo 21(4) del Reglamento CNUDMI de 1976 expresa una preferencia general por la bifurcación de los procedimientos en una fase preliminar de jurisdicción y una fase posterior de méritos, pero, en última instancia, este artículo deja la decisión a la discreción de los árbitros.

Artículo 21(4). *En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final (énfasis añadido)*⁴.

A pesar de esto, el Reglamento CNUDMI, revisado en 2010, cambia la estructura del mencionado artículo haciendo que la bifurcación suene más como una mera opción que como el estándar o la regla general.

Artículo 23(3). El tribunal arbitral podrá decidir sobre las excepciones [a la jurisdicción] a que se hace referencia en el párrafo 2 *como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo*. El tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo, no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal (énfasis añadido)⁵.

De manera similar, el Reglamento CIADI también establece la bifurcación como una opción que dependerá solo de la discreción del tribunal. El Artículo 41(4) establece que “[e]l Tribunal [...] Podrá pronunciarse sobre la excepción *como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo* de la diferencia (énfasis añadido)⁶.

Pero la semejanza de ambos artículos no reside solo en su texto o en su estructura, sino también en el hecho de que ninguno de ellos va más allá con este concepto y su aplicación. En otras palabras, la bifurcación se enunció como un principio

4. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), Artículo 21(4).

5. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), Artículo 23(3).

6. Convención CIADI, Reglamento y Reglas (2006), Artículo 41(4).

amplio, pero sin una orientación específica sobre cómo debe ejercerse en la práctica.

3. EL CASO GLAMIS GOLD COMO UNA GUÍA PARA APLICAR LA BIFURCACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

A pesar de la falta de luz que proporciona el derecho nacional e internacional sobre cuándo y cómo proceder con la bifurcación, podemos llenar los espacios en blanco con lo que se ha dicho en la jurisprudencia internacional disponible. En relación con este tema, uno de los casos más emblemáticos es el de *Glamis Gold Ltd. c. Los Estados Unidos de América*. El tribunal de este caso trazó el estándar a utilizar sobre si se debe o no conceder la bifurcación (en adelante, el “estándar”). Desde entonces, se han aplicado los siguientes criterios⁷:

- 1) Si la excepción es sustancial en la medida en que la consideración de una objeción frívola a la jurisdicción es muy poco probable para reducir los costos o el tiempo requerido para el procedimiento.
- 2) Si la objeción a la jurisdicción, de ser concedida, da lugar a una reducción material del procedimiento en la siguiente fase (en otras palabras, el tribunal debe considerar si los costos y el tiempo requerido de un procedimiento preliminar, incluso si la parte objetante tiene éxito, se justificará en términos de la reducción de costos en el fase posterior del procedimiento).
- 3) Si la bifurcación es poco práctica ya que la cuestión jurisdiccional identificada está tan entrelazado con los méritos que es muy poco probable que exista algún ahorro en tiempo o costo.

Así como el estándar, hay otro principio que se ha tomado como regla al momento de decidir si aceptar o no la bifurcación del procedimiento arbitral, la *eficiencia*. Los profesores CARON & CAPLAN se refieren a la eficiencia

7. Traducción libre. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Orden Proce-sal No. 2, 31/05/2005, párr. 12(c).

[c]omo el factor principal para determinar si un tribunal debe pronunciarse sobre las objeciones relativas a la jurisdicción como cuestión preliminar o en un laudo sobre el fondo. Por consiguiente, toda decisión debe tener en cuenta la *sustancialidad de la objeción*, el *costo en tiempo y dinero* para las partes de esa decisión preliminar (por ejemplo, si esa decisión entrañaría presentaciones por escrito o una audiencia oral) y la *viabilidad de bifurcar* las actuaciones para abordar la jurisdicción de manera preliminar, especialmente cuando las cuestiones de jurisdicción están entrelazadas con el fondo (énfasis añadido)⁸.

Siguiendo estas líneas, podemos comenzar a dilucidar que la aplicación del estándar de bifurcación debe estar orientado a la búsqueda de un procedimiento más eficiente. Pero sigue sin existir una regla clara sobre cómo interpretar y aplicar el estándar.

4. ¿QUÉ HA PASADO EN LA PRÁCTICA? UNA COMPARACIÓN DE CASOS

Para comprender un tema en el que no hay suficiente legislación o doctrina, las pruebas empíricas pueden ser ilustrativas. En lo que respecta a la separación de las fases de jurisdicción y de méritos, el tribunal del caso Glamis Gold marcó un inicio que fue seguido inmediatamente por otros tribunales. No obstante, ninguno de esos tribunales ha tomado la misma decisión.

4.1. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*

Como mencionamos en párrafos precedentes, el tribunal del caso Glamis Gold marcó una tendencia sobre cómo evaluar si la bifurcación es apropiada o no. En este caso, las excepciones presentadas fueron (i) una excepción temporal, estableciendo

8. D. CARON & L. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules (Second Edition): A Commentary*, Oxford University Press, 2013.

que las reclamaciones de la Demandante estaban prescritas; y, **(ii)** que las reclamaciones son prematuras dado que no puede afirmar que ha incurrido en una pérdida como resultado de las medidas del Estado de California⁹.

El tribunal rechazó la solicitud de bifurcación basado en la estrecha relación que existe entre la objeción jurisdiccional y el fondo del asunto. Para el tribunal, abordar los mismos hechos dos veces sería poco práctico¹⁰. Es importante aquí retomar el pensamiento del tribunal arbitral con respecto a la eficiencia

[s]i se plantea una objeción a la jurisdicción del tribunal y cualquiera de las partes solicita que la objeción se considere una cuestión preliminar, el tribunal debería hacerlo. El tribunal *puede negarse a hacerlo cuando es poco probable que se produzca un aumento eficiencia* en los procedimientos¹¹.

La conclusión lógica, entonces, sería establecer que el estándar y el principio de eficiencia van de la mano. Así, para poder conceder la bifurcación, ambas condiciones deberán cumplirse. Desde aquí, se vuelve evidente que la preponderancia de un criterio sobre el otro dependerá de

9. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*, N. 7, párr. 13. Traducción libre. “En su Solicitud de Bifurcación, la Demandada presenta dos excepciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal: (1) que las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo 1105 (1) del TLCAN se basan en tres acciones federales de octubre de 1999, diciembre de 1999 y noviembre de 2000 que prescriben según la limitación del período establecido en el Artículo 1117 (2) del TLCAN; y (2) que las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo 1110 del TLCAN no se han configurado porque la Demandante no puede afirmar que “ha incurrido” en una pérdida como resultado de las medidas del Estado de California como lo requiere el Artículo 1117 (1) del TLCAN”

10. *Ibidem*, párr. 25. Traducción libre. “Considerando la solicitud de la Demandada de bifurcación y la consideración preliminar del Artículo 1117 (1) conforme al Artículo 15 (1), el Tribunal no encuentra justificada la solicitud y por lo tanto, niega la solicitud de la Demandada. En particular, el Tribunal concluye que si se bifurcara la cuestión identificada, el Tribunal se enfrentaría inmediatamente a la cuestión de si las leyes y políticas de California resultaron en una expropiación bajo el Capítulo 11 del TLCAN. Dado que los hechos presentados para responder a la cuestión del Artículo 1117 (1) probablemente sean los mismos hechos presentados sobre el tema de la expropiación, el Tribunal determina que la bifurcación propuesta en la Dúplica de la Demandante en la página 5 y 6 resulta poco práctica en el sentido de que la cuestión del Artículo 1117 (1) identificada está tan entrelazada con los méritos que es muy poco probable que exista algún ahorro en tiempo o costo”.

11. Traducción libre. *Ibidem*, párr. 12(c).

la perspectiva de cada tribunal arbitral y, en consecuencia, cambiará en cada caso.

4.2. *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*

La Demandada en este caso presentó al tribunal tres objeciones a la jurisdicción: **(i)** las reclamaciones de la demandada son contractuales, y no tienen que ver con el tratado bilateral de inversión (TBI); **(ii)** es prematuro decidir cualquier reclamación bajo el tratado y por lo tanto son inadmisibles; y, **(iii)** el periodo de negociación obligatorio no ha sido respetado. El Tribunal utilizó el mismo criterio que en el caso Glamis Gold para evaluar si la bifurcación procederá o no¹²: **(i)** si es conveniente que se bifurque el procedimiento por razones de economía procesal; **(ii)** si la objeción preliminar está íntimamente relacionada con el fondo; y **(iii)** si la aceptación de la objeción preliminar puede dar lugar a la desestimación de todo el caso o reducir considerablemente su alcance y complejidad. Una vez realizado este análisis, el tribunal tomó una decisión que resulta interesante. El tribunal en este caso sostuvo lo siguiente:

[e]n consecuencia, a discreción del Tribunal, se concluye que la Objeción 3 debe tratarse como una cuestión preliminar. *En aras de la economía procesal*, teniendo en cuenta la naturaleza relativamente sencilla de la excepción y los argumentos ya presentados sobre este punto, el Tribunal *decide al mismo tiempo no suspender el procedimiento sobre el fondo* (énfasis añadido)¹³.

12. *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre la solicitud de bifurcación de la demandada, 02/11/2012, párr. 30. Traducción libre. “Se han identificado tres consideraciones como relevantes para el ejercicio de las funciones discrecionales del Tribunal. Estas son: (i) si es conveniente bifurcar por razones de economía procesal; (ii) si la excepción preliminar está íntimamente ligada al fondo; y (iii) si la determinación de la excepción preliminar puede resultar en la desestimación del caso completo o reducir significativamente su alcance y complejidad”.

13. Traducción libre. *Ibidem*, párr. 56.

Una contradicción se vuelve evidente. Por un lado, el tribunal acepta tratar la Objeción 3 como un tema preliminar, es decir, considera que esta objeción, de aceptarse, es capaz de desestimar todo el caso o, al menos, reducir considerablemente su alcance y complejidad. Sin embargo, el tribunal no acepta la solicitud de la demandada de suspender el procedimiento de méritos. Esta contradicción afecta también a la economía procesal porque coexistirían dos procedimientos y, si se acepta la objeción, todo el trabajo realizado en el procedimiento de méritos habrá sido en vano. Además, esto demuestra una falta de convicción real sobre la relevancia preliminar de la objeción.

Finalmente, el procedimiento de jurisdicción desde que se emitió esta decisión por parte del tribunal, hasta la decisión sobre jurisdicción duró cuatro meses. El procedimiento incluyó tres memorias escritas y una ronda de argumentos orales. Después de evaluar todas las pruebas y argumentos presentados por las partes, el tribunal rechazó la objeción a la jurisdicción.

4.3. Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá

El Gobierno de Canadá plantea su objeción a la jurisdicción estableciendo que no ha consentido el arbitraje dado que la demandada no ha respetado las condiciones precedentes para interponer un reclamo arbitral bajo el Capítulo 11 del tratado TLCAN¹⁴.

El tribunal de este caso se refiere expresamente al estándar fijado por el tribunal del caso Glamis Gold y, en este sentido, establece que la objeción no aparenta ser frívola¹⁵; en caso de ser aceptada la objeción, esto al menos reduciría el alcance de

14. *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Panamá*, CNUDMI, PCA Caso No. 2012-17, Orden Procesal No. 2, 18/01/2013, párr. 3. Traducción libre. “La Demandada sostiene que no ha dado su consentimiento para arbitrar esta disputa ya que la Demandante no respetó las condiciones precedentes para presentar una reclamación al arbitraje bajo el Capítulo 11 del TLCAN”.

15. *Ibidem*, párr. 18.

la fase de méritos¹⁶; y, la objeción involucra hechos que son distintos a aquellos del fondo del caso¹⁷. Además, el tribunal añade un tema en particular, la *presunción en favor de analizar las objeciones a la jurisdicción como un asunto preliminar*. Así, el tribunal establece lo siguiente:

[d]e ello se deduce que cuando una parte presenta una objeción a la jurisdicción, *la presunción está a favor de abordar la excepción como un cuestión preliminar*. De hecho, es una buena práctica informar a las partes “dónde están paradas”, para usar las palabras de Redfern y Hunter, en una etapa y no imponer la carga de los procedimientos completos sobre una parte que disputa estar sujeta a arbitraje. Existen obviamente circunstancias en las que debe descartarse la presunción, en particular cuando la excepción preliminar sea frívola o dilatoria o cuando los hechos que involucra son los mismos o están estrechamente relacionados con pertinente al fondo¹⁸.

Aquí entonces aparece una cuestión de jerarquía. Esto quiere decir que prima la presunción fijada en el artículo 21(4) del Reglamento CNUDMI de 1976 y, como medida subsidiaria, se aplica el estándar establecido en el caso Glamis Gold.

El tribunal en este caso concedió la bifurcación del procedimiento, y se reserva su facultad de volver a unir esta objeción al procedimiento de méritos sin la necesidad de tener una audiencia separada para tratar dicha objeción. No obstante, dos meses después de esta decisión, y después de haber recibido la respuesta del demandante sobre la jurisdicción, el tribunal estableció que resultaría imposible conocer la objeción sin involucrarse sustancialmente en los hechos de la controversia, por lo que sería mejor analizarla junto con los méritos¹⁹. En este sentido, el tribunal discontinuó la bifurcación.

16. *Ibidem*, párr. 19.

17. *Ibidem*, párr. 20.

18. Traducción libre. *Ibidem*, párr. 16.

19. *Ibidem*, párr. 73.

4.4. Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia

En este caso, el Demandado presentó tres objeciones a la jurisdicción del tribunal: **(i)** la objeción de no admisión de inversiones (Australia no admitió la inversión de Philip Morris, como exige el TBI); **(ii)** la objeción temporal (la reclamación presentada no está dentro del ámbito del TBI, ya que se refiere a una controversia preexistente); **(iii)** la objeción de que no existe inversión (los activos de Philip Morris no constituyen una inversión en virtud del TBI).

El tribunal en este caso consideró que la bifurcación era apropiada en cuanto a las dos primeras objeciones, pero no en cuanto a la tercera, basado en el argumento que sigue:

[e]n vista de la considerable superposición entre esta Tercera Objeción y el fondo, y como esta Objeción no podía disponer el caso, el Tribunal considera oportuno no ocuparse de esta Tercera Objeción en la primera fase del procedimiento bifurcado, sino unir esta Tercera Objeción al fondo en el caso de que el Tribunal no acepte las Objeciones Primera y Segunda y el procedimiento continúe con respecto al fondo (énfasis añadido)²⁰.

En concordancia con esto, el tribunal ordenó que las dos primeras objeciones se traten en una fase preliminar y que la tercera objeción sea tratada junto con los méritos. La fase de jurisdicción estuvo planificada para durar 10 meses, de abril de 2014 a febrero de 2015, incluyendo las memorias escritas, la fase de producción de documentos, una audiencia oral, y la posibilidad de memorias post-audiencia. Una vez finalizado este proceso, el tribunal arbitral emitió un laudo de jurisdicción en el que, si bien se rechaza la primera objeción, la segunda objeción (objeción temporal) es aceptada en base a lo siguiente:

20. Traducción libre. *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia*, CNUDMI, PCA Caso No. 2012-12, Orden Procesal No. 8, 14/04/2014, párr. 130.

[a] la luz de la discusión anterior, el Tribunal no puede sino concluir que el inicio de este arbitraje constituye un abuso de derecho, dado que la reestructuración corporativa mediante la cual la Demandante adquirió las subsidiarias australianas ocurrió en un momento en que era una perspectiva razonable que la disputa se materializara y que se llevó a cabo con el principal, si no el único, propósito de obtener protección del tratado. En consecuencia, los reclamos planteados en este arbitraje son inadmisibles y el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre esta disputa²¹.

En consecuencia, la objeción efectivamente desestimó el resto del procedimiento, evitando así a las partes el tener que incurrir en una mucho mayor inversión de tiempo y dinero.

4.5. *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina*

La solicitud de bifurcación presentada por la República de Argentina se basó en que no se había perfeccionado el consentimiento del Estado al arbitraje, al no haberse cumplido los presupuestos establecidos en el artículo X del TBI entre Argentina y España. Dichos presupuestos son: (i) que la disputa haya sido previamente sometida a los tribunales del Estado receptor; y, (ii) que hayan pasado dieciocho meses sin que se haya obtenido una resolución de dichos tribunales, o que, pese a existir una resolución, la controversia entre las partes persista²².

Al analizar si la bifurcación procedía o no, el tribunal del caso *Abertis* estableció varios puntos importantes. El primero, que “la decisión sobre bifurcación que [el tribunal] dicte, cualquiera que sea su contenido, en nada afectará el derecho que Argentina [tiene] para plantear las excepciones

21. Traducción libre. *Ibidem*, párr. 588.

22. *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/15/48, Resolución Procesal No. 2 sobre la Solicitud de Bifurcación presentada por la Demandada, 27/03/2017, párr. 7-10.

a la jurisdicción”²³, es decir, una negativa a la solicitud de bifurcación no equivale a un rechazo de las objeciones a la jurisdicción. En segundo lugar, “que la práctica que una Parte tenga en cuanto a la bifurcación de procesos y la cantidad de casos en los que esa Parte haya logrado una decisión favorable o contraria sobre las solicitudes de bifurcación que haya planteado, no vincula de ninguna manera a este Tribunal, el que debe decidir basado en las circunstancias propias de este caso concreto”²⁴, esto es que la jurisprudencia no es de ninguna forma vinculante. Por último, el tribunal establece que “no puede considerar ante una solicitud de bifurcación, las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales planteadas”²⁵, sino que lo que se analiza es si la objeción “abre la posibilidad teórica de que el proceso arbitral no llegue a la fase de fondo y que, por razones de economía procesal sea más conveniente analizar y resolver previamente los asuntos jurisdiccionales”²⁶.

Al final, la solicitud de bifurcación fue aceptada por mayoría en base a que la objeción merecía ser analizada en una primera fase:

[n]o hay tal vinculación [entre la objeción y el fondo del caso]; por lo contrario, la excepción *planteada* amerita su análisis preliminar separado de los temas de fondo, los cuales, si la decisión sobre jurisdicción así lo declarara, serían analizados en una segunda etapa (énfasis añadido)²⁷.

A pesar de que la fase preliminar de jurisdicción fue iniciada, esta no concluyó dado que las partes lograron un acuerdo y solicitaron al tribunal poner fin al proceso.

23. *Ibidem*, párr. 30.

24. *Ibidem*, párr. 31.

25. *Ibidem*, párr. 34.

26. *Ibidem*, párr. 39.

27. *Ibidem*, párr. 41.

4.6. *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*

En este caso, el Estado de Bolivia planteó seis objeciones a la jurisdicción. El tribunal analizó todas estas objeciones siguiendo el estándar del caso Glamis Gold, y llegó a las siguientes conclusiones: la primera objeción (Glencore no cumple con la condición de inversor) y la cuarta objeción (la nacionalidad suiza de Glencore), fueron desestimadas por no ser suficientemente graves y sustanciales. La tercera (ilegalidad de las inversiones) y la quinta (las cláusulas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional presentes en los contratos), fueron desestimadas sobre la base de que ambas estaban demasiado entrelazadas con el fondo del asunto. La sexta objeción (Demandas por acciones de estaño) fue desestimada, ya que, de ser aceptada, no resolvería el procedimiento ni lo reduciría sustancialmente. Por último, la segunda objeción (Abuso de procedimiento), según el estándar y el análisis del Tribunal, si cumplía con todos los criterios para que aplique la bifurcación. Así,

[e]l Tribunal considera que esta excepción es seria y sustancial. En cuanto al segundo elemento, es evidente que en caso de prosperar, este procedimiento finalizaría. En cuanto al tercer elemento, casi todos los hechos relevantes para este reclamo anteceden febrero de 2007, que es la fecha en que la disputa presumiblemente surgió. En consecuencia, parece que esta objeción puede abordarse sin prejuzgar el fondo.

Sin embargo, el tribunal consideró que, por eficiencia procesal, lo mejor sería analizar todas las objeciones junto con el fondo de la controversia. En este sentido, sostuvo lo siguiente:

[t]ras revisar cada una de las objeciones preliminares, el análisis del Tribunal revela que la objeción de abuso del proceso, pero únicamente dicha objeción, podría justificar la bifurcación del procedimiento. No obstante, el Tribunal reitera que el principio general es la justicia y eficiencia de todo el procedimiento. Con este principio en mente, el

Tribunal considera que sería más eficiente tratar todas las objeciones preliminares juntamente con la responsabilidad en una primera fase, y dejar la cuestión de cuantía, en su caso, para determinación en una segunda fase. Este enfoque le parece al Tribunal más eficiente en términos de tiempo y costes que la alternativa, que es bifurcar únicamente una cuestión y dejar todas las demás objeciones para la etapa sobre el fondo. Finalmente, el Tribunal desea enfatizar que el resultado final de las objeciones será un factor que el Tribunal podrá tener en cuenta al decidir sobre la adjudicación de costes en este arbitraje²⁸.

Caso	Bifurcación ²⁹	Objeción a la jurisdicción ³⁰	Análisis relevante ³¹
<i>Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América</i>	Rechazada	Rechazada	Impone el estándar y los criterios a ser analizados por el tribunal cuando se está frente a una solicitud de bifurcación por temas jurisdiccionales. Además, este caso realza la importancia de la eficiencia procesal, como un criterio más para aceptar o rechazar la bifurcación.
<i>Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía</i>	Aceptada	Rechazada	La decisión del tribunal fue contradictoria al aceptar la bifurcación, pero no suspender el procedimiento de méritos. Es así que, para este tribunal, se podrían llevar ambas fases del procedimiento de manera paralela.

28. *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso PCA No. 2016-39, Orden Procesal No. 2, Decisión sobre bifurcación, 31/01/2018, párr. 56.

29. Si la solicitud de bifurcación presentada fue aceptada o rechazada.

30. Si la objeción a la jurisdicción fue aceptada o rechazada, sin importar que la bifurcación lo haya sido igual.

31. Análisis relevante del tribunal que aporta a la construcción de nuestro conocimiento sobre bifurcación y que difiere, o agrega algo más, con respecto a los demás casos planteados.

<i>Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá</i>	Aceptada	Rechazada	El tribunal estableció que, de conformidad con el Reglamento CNUDMI de 1976, existe una presunción a favor de aceptar la bifurcación, y esta debe ser tomada como una regla general –al menos en los casos en los que se aplique este Reglamento–.
<i>Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia</i>	Aceptada	Aceptada	El tribunal dejó sentado que no es necesario que todas las excepciones a la jurisdicción planteadas cumplan con el estándar, sino que basta con que al menos una sí lo cumpla para aceptar la bifurcación.
<i>Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina</i>	Aceptada	-	Este tribunal estableció varios puntos de suma relevancia: (i) una negativa a la solicitud de bifurcación no equivale a un rechazo de las objeciones a la jurisdicción; (ii) la jurisprudencia no es de ninguna forma vinculante; (iii) las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales planteadas no son un factor en el análisis sobre la procedencia de la bifurcación.
<i>Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia</i>	Rechazada	Todavía no existe una decisión final	Contrario al caso Philip Morris, el tribunal llegó a la conclusión de que, dado que solo una de las seis objeciones planteadas cumplía con el estándar, sería más eficiente tratar todas las objeciones junto con los méritos. Es decir, aquí sí importó que no todas las excepciones se hayan considerado procedentes.

Como se desprende de todo lo mencionado anteriormente, la jurisprudencia es esclarecedora en cuanto a la forma de proceder cuando surgen objeciones a la jurisdicción. Sin embargo, aunque el estándar Glamis Gold se ha generalizado, su interpretación y aplicación son muy distintas

y, por consiguiente, no se puede predecir la decisión sobre la bifurcación.

5. PROBLEMAS IDENTIFICADOS

Se pueden identificar algunos problemas con la aplicación de la bifurcación de los procedimientos. En relación con la economía y la eficiencia procesal que se procura con la norma de la bifurcación, encontramos dos cuestiones principales. En primer lugar, si después de aceptada la bifurcación se rechaza la objeción y, por lo tanto, la jurisdicción es sostenida por el tribunal arbitral, estaremos ante un doble procedimiento. Es decir, la bifurcación significa que el procedimiento arbitral tendrá dos rondas de presentaciones escritas, dos deliberaciones, dos laudos y, dos audiencias (si la cuestión jurisdiccional no se ha decidido solo sobre los papeles). En este caso, en lugar de servir a la economía procesal, la bifurcación del procedimiento representaría más tiempo y dinero que abordar tanto la jurisdicción como el fondo en la misma fase. La segunda hipótesis se cumple cuando la objeción que dio lugar a la bifurcación no dispone de todo el procedimiento, sino que solo reduce su alcance. En este caso, la demora en la entrada en el fondo puede considerarse innecesaria, así como el costo adicional que representa esta ampliación del procedimiento. Si nos remitimos a los casos que tomamos como ejemplo, solo en uno (*Philip Morris c. La Mancomunidad de Australia*) la objeción a la jurisdicción prosperó. En los demás casos, sea que haya sido aceptada la bifurcación o no, la objeción terminó siendo rechazada.

Ahora bien, con respecto a la justicia de todo procedimiento hay también dos cuestiones que deben abordarse, el abuso de la bifurcación y el posible perjuicio sobre el fondo. La primera se produce cuando una de las partes se opone a la jurisdicción del tribunal con el único

propósito de retrasar u obstruir el procedimiento. Este uso de la bifurcación como táctica dilatoria constituye un abuso del proceso que actúa en detrimento de la otra parte. Pero ¿cómo establece el tribunal si las objeciones a la jurisdicción se plantean con seriedad o como una táctica? Este asunto es una cuestión difícil de abordar por el tribunal, porque para determinarlo será necesario explorar la intención de las partes. La segunda cuestión se presenta cuando la objeción a la jurisdicción que se va a abordar en una fase preliminar se entrelaza con el fondo. Si volvemos al estándar *Glamis Gold*, veremos que precisamente uno de los criterios para aceptar la bifurcación es que la objeción no esté vinculada al fondo, sin embargo, esta vinculación puede aparecer más adelante en el procedimiento. La cuestión aquí es si el tribunal debe suspender la fase preliminar y unirse a todo el procedimiento cuando estos problemas se manifiesten. En todo caso, el tribunal debe evitar hacer un juicio preliminar sobre el fondo de la controversia que pueda afectar a los derechos de las partes en la fase posterior. Una vez más, si retomamos los ejemplos planteados en este artículo, en el caso *Mesa Power c. Gobierno de Canadá* ocurrió precisamente esto, la bifurcación fue aceptada y luego se discontinuó al verse entrelazada con los méritos.

Otro problema que se nos presenta al hablar de la bifurcación es que no hay una prueba tangible que demuestre si los procedimientos de bifurcación son realmente una solución justa y eficaz. Un método ideal sería comparar el mismo caso, sus tiempos y costos, con y sin bifurcación del procedimiento. Sin embargo, en la vida real esto es imposible. La alternativa que nos queda es la comparación de casos –al menos de los que son públicos–, pero, como hemos establecido anteriormente, la jurisprudencia sigue siendo inconsistente en sus decisiones. Así que, por ahora, no tenemos una forma de medir realmente los beneficios de la bifurcación.

Si ahondamos en el problema de la inconsistencia de las decisiones, llegamos a un problema más, el de la seguridad jurídica. Si bien el arbitraje se caracteriza por la flexibilidad de su procedimiento, y si bien gran parte del derecho es casuístico, sí es necesario tener una seguridad jurídica que nos ayude a prever, al menos en cierta medida, como se verán garantizados los derechos de los que estamos asistidos dentro de un proceso arbitral.

6. ¿QUÉ PASA ENTONCES CON LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Como comenzamos a ver en la sección precedente, la falta de una regulación clara y la inconsistencia entre la jurisprudencia disponible, hacen que al hablar de la bifurcación del procedimiento nos encontremos ante una situación de inseguridad jurídica. Si nos remitimos a la ley no vamos a encontrar una solución específica, sino que encontraremos el tema de la bifurcación plasmada como una opción que podrá ser aceptada o no, y que dependerá únicamente de la discrecionalidad del tribunal. Y, si nos remitimos a los casos, veremos que, si bien se ha llegado a una especie de consenso sobre los criterios que se utilizarán para analizar las objeciones a la jurisdicción, la aceptación o no de la bifurcación sigue siendo una cuestión sometida a la discrecionalidad de los árbitros pues, como pudimos observar, cada tribunal toma una decisión distinta y hace una interpretación distinta del estándar de análisis. Por estas razones, será imposible prever un resultado en esta etapa del proceso.

7. LA REGULACIÓN DE LA BIFURCACIÓN EN ARBITRAJE INTERNACIONAL. UNA PROPUESTA PRÁCTICA

Este artículo no pretende eliminar la flexibilidad del procedimiento, ni mucho menos hacer que los tribunales arbitrales dejen del lado el análisis específico de los hechos

de cada caso. Sin embargo, lo que sí se pretende es abogar por una seguridad jurídica plasmada en normas más específicas y en una mayor uniformidad de las decisiones arbitrales. Es así, que se propone que se establezca como una *regla general* que se favorezca la bifurcación, cuando se presente una de las siguientes objeciones a la jurisdicción que, a nuestro parecer, evitarían un abuso de derecho: **(i)** falta de la cualidad de inversión; **(ii)** falta de la cualidad de inversionista; y, **(iii)** cláusulas de solución de controversias contradictorias.

En cuanto a la primera, se deberá determinar si realmente ha existido una inversión, y si esta inversión se ha hecho bajo un TBI, o bien bajo la ley de un determinado país que regula las inversiones. Son varios los actores que sostienen una relación comercial con los Estados y, cuando surge una controversia, quieren dejar de lado su relación contractual y acogerse a las protecciones para inversionistas. Esto constituye un claro abuso de derecho pues no se puede obviar el contrato comercial o de prestación de servicios que existe de por medio, y las condiciones específicas que se han pactado en este. Con respecto a la segunda objeción, se deberá determinar si el actor es realmente un inversionista bajo los términos de un TBI o de la ley. En este caso lo que sucede es que hay actores que modifican su estructura societaria (como ocurrió en el caso *Philip Morris c. La Mancomunidad de Australia*) con el único fin de beneficiarse de las protecciones a inversionistas. Esta modificación de la estructura societaria implica la creación de compañías de papel, o de accionistas de papel, para que la compañía actora aparente tener una nacionalidad diferente a la que realmente tiene. En varios de estos casos se tendrá que recurrir al levantamiento del velo societario bajo la causal de fraude. Ahora bien, la última objeción propuesta hace referencia a la existencia de múltiples cláusulas de solución de controversias que son contradictorias entre sí. Un ejemplo es la existencia de contratos y subcontratos, en los que cada uno

tiene su propia cláusula de resolución de controversias. Aquí lo que ocurre es que los actores tratan de aplicar la cláusula del contrato principal, aunque su subcontrato contenga una cláusula totalmente distinta. Por ejemplo, el contrato principal puede tener una cláusula arbitral bajo el Reglamento CNUDMI, y el subcontrato una cláusula por la que se someten las controversias a las cortes nacionales del país receptor. El tribunal tendrá entonces la tarea de determinar cuál es la cláusula que realmente aplica a la controversia teniendo en cuenta las partes que están involucradas.

Estos son algunos ejemplos de objeciones que deberían tratarse de manera preliminar dado que (i) de aceptarse tendrían un efecto totalmente dispositivo sobre el caso; y, (ii) su tratamiento puede ser expedito, ya que, al estar totalmente desvinculadas de los méritos del caso, se intercambiarán únicamente argumentos de derecho y, como hemos visto de algunos de los casos presentados, no es necesaria la realización de una audiencia, lo que hace que esta etapa pueda ser llevada a cabo en pocos meses.

8. CONCLUSIÓN

En definitiva, aún queda mucho camino por recorrer para bifurcar los procedimientos. La falta de una legislación expresa a un nivel internacional, y la falta de uniformidad en la jurisprudencia, deja un hueco que debe ser llenado. Las cuestiones relativas a si existe una presunción a favor de la bifurcación, o si depende de la única discreción de los árbitros; o si es suficiente con que una sola objeción, de las muchas que se han presentado, cumpla la norma; o si es mejor suspender o continuar con la fase del fondo; y otras, no han sido aun plenamente contestadas.

No obstante, y a pesar de todas las inconsistencias, parece haber un acuerdo sobre los criterios básicos que deberían cumplirse para, al menos, considerar la posibilidad de abordar las objeciones jurisdiccionales como cuestión preliminar. El caso Glamis Gold trazó las directrices que se han seguido una y otra vez, y cada nuevo caso que se refiere a esta norma ha añadido una nueva pieza al rompecabezas, a partir del cual podemos ir construyendo un cuadro completo sobre bajo qué criterios procede la bifurcación, y cómo aplicarla.

Finalmente, si bien son los tribunales quienes pueden y deben evaluar de mejor manera las circunstancias del caso para determinar en qué casos la bifurcación es apropiada, lo que se busca por medio de una regulación es reducir el tiempo y los costos del arbitraje. Por esta razón la propuesta se ha planteado en base a tres excepciones (Sección 7) que son comunes en los arbitrajes de inversión y que, en gran parte, no tienen relación con el fondo del caso. De esta manera, de aceptarse la bifurcación por parte del tribunal, un proceso expedito de pocos meses podría evitar un proceso fallido de varios años.

