

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES

EN EL ARBITRAJE ENTRE

PAC RIM CAYMAN LLC

(Demandante)

VS.

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

(Demandada)

CASO CIADI No. ARB/09/12

**ESCRITO DE PARTE NO-CONTENDIENTE
DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA**

1. La República de Costa Rica presenta el siguiente escrito sobre la interpretación de ciertas disposiciones del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos (en adelante, el “Tratado” o “DR-CAFTA”, por sus siglas en inglés), de conformidad con el artículo 10.20.2 del mismo¹. Costa Rica no se pronuncia en este acto sobre los hechos de esta disputa, y el hecho que una cuestión jurídica que haya surgido durante el procedimiento no se aborde en esta comunicación no deberá considerarse como que Costa Rica está de acuerdo o en desacuerdo con la posición adoptada por cualquiera de las partes contendientes. A continuación, Costa Rica se refiere a los siguientes dos temas de interpretación del Tratado: (a) la cláusula de denegación de beneficios contenida en el artículo 10.12 (Denegación de Beneficios) del Tratado; y (b) la definición de “inversionista de una Parte” y de “nacional” para efectos del Tratado, en general, y del Capítulo Diez – Inversión, en particular.

¹ Salvo que expresamente se señale otra cosa, todos artículos referidos en este documento son del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos (“DR-CAFTA”).

(a) Sobre la cláusula de denegación de beneficios

2. De conformidad con el artículo 10.12.2 (Denegación de Beneficios), una Parte en el Tratado puede denegar los beneficios del Capítulo Diez – Inversión del DR-CAFTA a un inversionista de otra Parte, bajo ciertas condiciones. El artículo 10.12.2 (Denegación de Beneficios) establece textualmente:

Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que es una empresa de esa otra Parte y las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna Parte, salvo de la Parte que deniega, y si las personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, son propietarias o controlan la empresa.

3. En primer lugar, el Tratado vincula esta disposición con otras dos del Tratado: la obligación de notificación a otros Estados Parte del Tratado contenida en el artículo 18.3 (Notificación y Suministro de Información)² y la posibilidad de que el Estado afectado por la medida pueda solicitar consultas de conformidad con el artículo 20.4 (Consultas).³ En atención a la primera disposición, el Estado que deniega los beneficios

² El artículo 18.3 (Notificación y Suministro de Información) establece lo siguiente:

1. *Cada Parte notificará, a cualquier otra Parte que tenga interés en el asunto, en la mayor medida de los posible, toda medida vigente o en proyecto que considere que pudiera afectar materialmente el funcionamiento de este Tratado o que de otra forma afecte sustancialmente los intereses de esa otra Parte en los términos de este Tratado.*
2. *A solicitud de otra Parte, una Parte proporcionará información y dará respuesta pronta a las preguntas relativas a cualquier medida vigente o en proyecto, sin perjuicio que esa otra Parte haya o no sido notificada previamente sobre esa medida.*
3. *Cualquier notificación o información suministrada de conformidad con este Artículo se realizará sin perjuicio de que la medida sea o no compatible con este Tratado.*

³ El Artículo 20.4 (Consultas) dispone:

1. *Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado.*
2. *La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes, y explicará las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida vigente o en proyecto y otro asunto en cuestión, y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.*
3. *Una Parte que considere tener un interés comercial sustancial en el asunto podrá participar en las consultas si lo notifica por escrito a las otras Partes dentro de los siete*

cumple con el requisito de notificación al dirigirse al Estado Parte afectado. Ni el artículo 10.12.2, ni el artículo 18.3, ni ninguna otra disposición del DR-CAFTA exigen al Estado que deniega beneficios dirigir comunicación alguna al particular en cuestión.

4. En cuanto a la posibilidad de solicitar consultas bajo el artículo 20.4 (Consultas), esta es una facultad del Estado Parte afectado o potencialmente afectado por la medida. Su ejercicio por parte del Estado afectado, o falta de éste, no afecta por sí mismo la denegación de beneficios que haga el Estado denegante.

5. En vista de los argumentos de interpretación jurídicos intercambiados por las partes en esta disputa, es necesario precisar que el mecanismo de consultas previsto en el artículo 20.4 (Consultas) del DR-CAFTA no constituye un mecanismo de protección diplomática, en el sentido del artículo 25.1 *in fine* del Convenio del Centro Internacional para Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), como erróneamente ha sugerido la demandante (*párrs. 345-7, Contra-Memorial*). La protección diplomática es, en los términos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “la invocación por parte de un Estado, a través de acciones diplomáticas u otros mecanismos de solución pacífica de disputas, de la responsabilidad de otro Estado por una violación causada por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona física o jurídica del primer Estado con miras a la implementación de dicha responsabilidad”.⁴ Las consultas del artículo 20.4 (Consultas), por el contrario, tienden a

días siguientes a la fecha en que se entregó la solicitud de consultas. La Parte deberá incluir en su notificación una explicación sobre su interés comercial sustancial en el asunto.

4. *En los asuntos relativos a mercancías perecederas, las consultas se iniciarán dentro de un plazo de 15 días a partir de la fecha de entrega de la solicitud.*
5. *Mediante las consultas previstas en este Artículo o conforme a cualesquiera otras disposiciones consultivas del Tratado, las Partes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto. Para tales efectos, las Partes consultantes:*
 - (a) *aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Tratado; y*
 - (b) *darán a la información confidencial que se intercambie en las consultas el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado.*
6. *En las consultas bajo este Artículo, una Parte consultante puede pedir a otra Parte consultante que ponga a su disposición personal de sus agencias gubernamentales o de otras entidades regulatorias que tengan competencia en el asunto sujeto a consultas. [Se han omitido las notas al pie de página.]*

⁴ Borrador de Artículos sobre Protección Diplomática, con comentarios, 2006. Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional durante su quincuagésima octava sesión, y presentado a la Asamblea

dilucidar cuestiones de interpretación y aplicación del Tratado entre dos Estados Partes del mismo. Si un Estado Parte quisiera ejercer protección diplomática respecto de alguno de sus nacionales, las consultas del artículo 20.4 no serían el mecanismo adecuado para hacerlo.

6. El artículo 10.12 (Denegación de Beneficios) guarda silencio sobre la oportunidad para que un Estado invoque esta cláusula. No hay ninguna indicación ni expresa ni implícita ni este artículo, ni en ninguno otro en el Tratado de limitación temporal alguna para que un Estado deniegue beneficios a un inversionista de otra Parte en los términos de este artículo. De lo que sigue que la denegación de beneficios puede darse en cualquier momento, independientemente incluso de la existencia o no un arbitraje de inversión.⁵

7. Aun cuando la denegación de beneficios pueda ser válidamente invocada en cualquier momento, es necesario hacer algunas precisiones sobre los efectos de esa denegación según el momento en el que se hace efectiva. Como preguntó el Presidente del Tribunal durante la reciente audiencia sobre jurisdicción celebrada en este arbitraje (*D2:555:9, transcripción en inglés*), ¿qué sucede si la denegación de beneficios se da una vez concluido un arbitraje y emitido un laudo? En ese caso, pareciera evidente que no es posible devolverse sobre lo actuado: ninguno de los instrumentos que podrían regir un arbitraje de inversión bajo el DR-CAFTA (el mismo DR-CAFTA, el Convenio y las Reglas del CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) ofrecen mecanismo alguno para reabrir un proceso o revisar un laudo, por causa de una denegación de beneficios conforme al artículo 10.12 del DR-CAFTA.

8. Distinta es la situación cuando la denegación de beneficios está siendo invocada como una objeción preliminar a la jurisdicción del Tribunal arbitral y éste no ha decidido aun sobre su propia jurisdicción. En ese caso, el Tribunal arbitral puede y debe examinar si el Estado que deniega los beneficios cumplió con los requisitos del

General como parte del informe de la Comisión (A/61/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Parte Dos.

⁵ De conformidad con las normas del derecho internacional, las limitaciones al ejercicio de la independencia estatal deben ser expresas y no pueden ser presumidas. Ver, Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso S.S. "Lotus"*, Sentencia de 7 de setiembre de 1927, Serie A, No. 10; pág. 18.

artículo 10.12 (Denegación de Beneficios). De ser así, la consecuencia es la falta de jurisdicción del Tribunal para conocer de la disputa en virtud de que el inversionista no goza de los beneficios del capítulo de inversión del Tratado.⁶

9. Esta consecuencia se da independientemente de si ya se ha iniciado un arbitraje de inversión bajo la Sección B del Capítulo Diez – Inversión o no. La presentación de un aviso de intención y de una solicitud de arbitraje, así como el registro de dicho solicitud en el caso de los arbitrajes tramitados ante el CIADI, no congelan a favor del reclamante un determinación sobre la procedencia del arbitraje internacional de inversión. Por el contrario, el primer examen que debe hacer un tribunal arbitral es el de establecer la existencia de su propia competencia para determinar si el arbitraje procede. En este sentido, no resulta extemporánea la invocación de la cláusula de denegación de beneficios aunque ya se haya iniciado un arbitraje de inversión, si aun no hay una decisión sobre la competencia del Tribunal.

10. Esta interpretación, apoyada por el texto del tratado, es además consistente con una interpretación teleológica de la disposición de conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”).⁷ De otra manera, se estaría negando la efectividad o “*effet utile*” de esta disposición.

11. En efecto, una interpretación conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos de las normas del DR-CAFTA, según lo establece la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena, debe realizarse en concordancia con el llamado “principio de efectividad”. De conformidad con este principio, los tratados internacionales deben interpretarse de manera tal que se asegure

⁶ Esta interpretación es consistente con la consideración de que las cláusulas de denegación de beneficios surten efectos a futuro. Aun cuando Costa Rica reconoce el valor informativo que puedan tener las decisiones de otros tribunales arbitrales sobre disposiciones similares en otros tratados, es importante recordar que los laudos dictados bajo otros tratados – de los cuales ninguna de las Partes del DR-CAFTA es parte – no son vinculantes más allá del contexto en el que fueron dictados.

⁷ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Además de su carácter de tratado internacional, es generalmente aceptado que la Convención de Viena recoge normas de derecho internacional consuetudinario sobre la interpretación de tratados internacionales. Ver, por ejemplo, *Pope and Talbot v. Government of Canada*, Interim Award of 26 June 2000, para. 66, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/InterimAward_001.pdf, visitado el 20 de octubre de 2010.

el efecto de sus disposiciones. La Corte Internacional de Justicia ya ha reconocido que el principio de efectividad en la interpretación de los tratados ha sido consistentemente reafirmado por la jurisprudencia internacional,⁸ e incluso ha aplicado específicamente este principio a la interpretación de tratados sobre solución de controversias.⁹

12. El objeto y fin del DR-CAFTA, y en particular del Capítulo Diez – Inversión, es reconocer a los inversionistas de los Estados Partes del Tratado un nivel mínimo de trato y otras garantías con el fin de fortalecer los flujos de comercio e inversión en la región, así como la seguridad jurídica (artículo 1.2 (Objetivos)). Las Partes del Tratado asumen esta obligación sobre la base de la reciprocidad, en el entendido que sus nacionales gozarán de las mismas protecciones en el territorio de los demás Estados Partes en el Tratado. La cláusula de denegación de beneficios contenida en el artículo 10.18 (Denegación de Beneficios) del DR-CAFTA pretende corregir una situación en la cual se beneficien del Capítulo Diez – Inversión inversionistas que, aunque formalmente sean de una Parte del Tratado, sustancialmente no lo sean. En este sentido, es una cláusula que privilegia la sustancia sobre la forma. Y no sujeta el ejercicio de la facultad de denegar beneficios a ningún requisito formal más que el de notificación bajo el artículo 18.3 (Notificación y Suministro de Información). Una interpretación del artículo 10.18 (Denegación de Beneficios) mediante la cual se creen requisitos formales, incluso sobre el momento de su invocación, no contenidos en el texto del tratado y que

⁸ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 25. Véase también, *Lighthouse Case (France/Greece)*, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 62, p. 27; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 35, para. 66; y *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 22, para. 52. En materia de comercio internacional, el principio de efectividad ha sido aplicado en reiteradas oportunidades por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, en particular a la interpretación de disposiciones del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*; ver, por ejemplo, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (adopted 20 May 1996) p. 16-17; *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adopted 1 November 1996) p. 10-11; *Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WT/DS24/AB/R (adopted 25 February 1997) p. 16; *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products* WT/DS98/AB/R (circulated 14 December 1999), para. 80 – 82; *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, (circulated 14 December 1999) para. 88; *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R (adopted 27 October 1999) para. 132-133; y *Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, WT/DS176/AB/R, para. 338.

⁹ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of August 19th, 1929, P.C.I.J. Collection of Judgments, Series A, No. 22, p. 13; e *Interpretation of Peace Treaties (second phase)*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 229.

tengan el efecto de negar la aplicabilidad en la práctica de esta disposición es contraria al objeto y fin del tratado.

13. Un Estado Parte en el DR-CAFTA no necesariamente está al tanto en todo momento de la composición accionaria y la estructura corporativa de todos los inversionistas de otras Partes del Tratado en su territorio. Es posible que el Estado recién obtenga información sobre quién ostenta la propiedad o el control de una compañía en el momento en que se da una disputa y ésta escala a un arbitraje de inversión. De no permitirse la invocación de la cláusula de denegación de beneficios incluso cuando ya se ha iniciado un arbitraje de inversión, se le estaría negando efectividad a esta disposición.

(b) Sobre la definición de “inversionista de una Parte” y de “nacional”.

14. El DR-CAFTA contiene definiciones expresas y claras sobre qué debe entenderse, a efectos del Tratado en general y del Capítulo Diez – Inversión en particular, por “inversionista de una Parte” y “nacional”. En efecto, el Anexo 2.1 (Definiciones Específicas por País) al Capítulo 2 – Definiciones Generales señala:

Para los efectos de este Tratado, a menos que se especifique otra cosa:

Persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte significa:

...

(g) respecto a Estados Unidos, un “national of the United States”, como se define en las disposiciones existentes de la Immigration and Nationality Act

15. Por su parte, el artículo 10.28 (Definiciones) establece que

Para los efectos de este Capítulo:

...

inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intente realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte, considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble


nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.

...

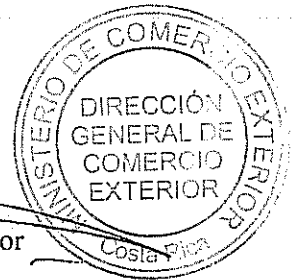
***nacional** significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de conformidad con el Anexo 2.1 (Definiciones Específicas por País).*

16. En razón de lo anterior, resulta innecesario, e incluso improcedente, acudir a otros instrumentos de derecho interno de las Partes para determinar quién debe ser considerado nacional o inversionista de una Parte, más allá de los expresamente señalados en el Tratado. En el caso de Estados Unidos, nacionalidad de una persona física se determina de conformidad con la *Immigration and Nationality Act*.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su consideración.


Federico Valerio De Ford, Director
Mónica C. Fernández Fonseca
Luis Adolfo Fernández

Dirección General de Comercio Exterior
Ministerio de Comercio Exterior



INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

IN THE ARBITRATION BETWEEN

PAC RIM CAYMAN LLC

(Claimant)

v.

REPUBLIC OF EL SALVADOR

(Respondent)

ICSID CASE NO. ARB/09/12

**NON-DISPUTING PARTY SUBMISSION OF
THE REPUBLIC OF COSTA RICA**

1. The Republic of Costa Rica makes this submission on the interpretation of certain provisions of the Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement (the “Treaty” or “DR-CAFTA”), pursuant to Article 10.20.2 of the Treaty.¹ Costa Rica does not take a position on the facts of the dispute, and no inference should be drawn as to Costa Rica’s position with regards to any legal issues that may have arisen between the parties to this dispute and which are not addressed here. In the following paragraphs, Costa Rica makes reference to the following two issues of Treaty interpretation: (a) the denial of benefits clause of Article 10.12 (Denial of Benefits) of the Treaty; and (b) the definition of “investor of a Party” and “national” for purposes of the Treaty in general, and of Chapter Ten – Investment in particular.

¹ Unless expressly indicated otherwise, all Articles referred to in this document are from the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (“DR-CAFTA”).

(a) On the denial of benefits clause

2. Under Article 10.12.2 (Denial of Benefits), a Party to the Treaty may deny the benefits of Chapter Ten – Investment of DR-CAFTA to an investor of another Party, under certain circumstances. Article 10.12.2 (Denial of Benefits) reads:

Subject to Articles 18.3 (Notification and Provision of Information) and 20.4 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party, and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

3. Firstly, the Treaty links this provisions with two others from the same Treaty: the obligation to notify other States Party to the Treaty set forth in Article 18.3 (Notification and Provision of Information)² and the possibility that the State affected by the measure may request consultations under Article 20.4 (Consultations).³ With

² Article 18.3 (Notification and Provision of Information) reads as follows:

1. *To the maximum extent possible, each Party shall notify any other Party with an interest in the matter of any proposed or actual measure that the Party considers might materially affect the operation of this Agreement or otherwise substantially affect that other Party's interests under this Agreement.*
2. *On request of another Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure, whether or not that other Party has been previously notified of that measure.*
3. *Any notification or information provided under this Article shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Agreement.*

³ Article 20.4 (Consultations) provides:

1. *Any Party may request in writing consultations with any other Party with respect to any actual or proposed measure or any other matter that it considers might affect the operation of this Agreement.*
2. *The requesting Party shall deliver the request to the other Parties, and shall set out the reasons for the request, including identification of the actual or proposed measure or other matter at issue and an indication of the legal basis for the complaint.*
3. *A Party that considers it has a substantial trade interest in the matter may participate in the consultations on delivery of written notice to the other Parties within seven days of the date of delivery of the request for consultations. The Party shall include in its notice an explanation of its substantial trade interest in the matter.*
4. *Consultations on matters regarding perishable goods shall commence within 15 days of the date of delivery of the request.*

regard to the first provision, the State denying benefits fulfils the notification requirement by addressing the State Party affected. Neither Article 10.12.2, nor Article 18.3, nor any other provision of DR-CAFTA require the State denying benefits to address any communications to the individual concerned.

4. As to the possibility to request consultations under Article 20.4 (Consultations), this is a faculty of the State Party affected or potentially affected by the measure. Exercise of this faculty by the State affected, or lack thereof, does not in and of itself affect the denial of benefits made by the denying State.

5. In light of the legal interpretation arguments exchanged by the parties in this dispute, it appears necessary to clarify that the consultation mechanism provided for in Article 20.4 (Consultations) of DR-CAFTA does not constitute a mechanism of diplomatic protection in the sense of Article 25.1 *in fine* of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), as has inaccurately been suggested by Claimant (*paras. 345-7, Counter-Memorial*). Diplomatic protection is, as defined by the United Nations International Law Commission, “the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility”.⁴ The consultations of Article 20.4 (Consultations), on the contrary, are aimed at elucidating Treaty interpretation and application issues between two States Party to it. Should a

-
5. *The Consulting Parties shall make every attempt to arrive at a mutually satisfactory resolution of any matter through consultations under this Article or other consultative provisions of this Agreement. To this end, the consulting Parties shall:*
 - (a) *provide sufficient information to enable a full examination of how the actual or proposed measure or other matter might affect the operation and application of this Agreement; and*
 - (b) *treat any confidential information exchanged in the course of the consultations on the same basis as the Party providing the information.*
 6. *In consultations under this Article, a consulting Party may request another consulting Party to make available personnel of its government agencies or other regulatory bodies who have expertise in the matter subject to consultations. [Footnotes omitted.]*

⁴ Draft articles on Diplomatic Protection, with commentaries, 2006. Text adopted by the International Law Commission at its fifty eighth session, and submitted to the General Assembly as part of the Commission’s report (A/61/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Part Two.

State Party wish to exercise diplomatic protection of one of its nationals, the consultations under Article 20.4 would not be the appropriate mechanism to do so.

6. Article 10.12 (Denial of Benefits) is silent on when may a State invoke this clause. There is no indication, neither express nor implied, in this Article or any other in the Treaty of a temporary limitation for a State to deny benefits to an investor of another Party under this Article. From which follows that denial of benefits may occur at any time, regardless even of the existence or not of an investment arbitration.⁵

7. Even though denial of benefits may be validly invoked at any time, it is necessary to make certain clarifications as to the effects of such denial depending on the moment when such denial is effective. As was asked by the President of the Tribunal during the recent hearing on jurisdiction held in this arbitration (*D2:555:9, English transcript*), ¿what happens if the denial of benefits occurs once an arbitration has concluded and an award has been issued? In that case, it appears evident that there is no possibility to go back on the concluded proceeding: none of the instruments that may govern an investment arbitration under DR-CAFTA (DR-CAFTA itself, the ICSID Convention and Rules, the Rules of the ICSID Additional Facility or the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law) offer any mechanism to reopen a proceeding or review anew an award for a denial of benefits made in accordance with Article 10.12 of DR-CAFTA.

8. The situation is different when the denial of benefits is being invoked as a preliminary objection to the jurisdiction of an arbitration Tribunal, which has not yet ruled definitively on its own jurisdiction. In that case, the arbitral Tribunal may and should examine whether the State denying benefits has complied with the requirements of Article 10.12 (Denial of Benefits). Should that be the case, the consequence is the Tribunal's lack of jurisdiction to rule on the dispute given that the investor does not enjoy the benefits of the Treaty's investment chapter.⁶

⁵ Under international law, limitations upon the exercise of independence of States must be Express and may not to be presumed. *See*, Permanent Court of International Justice, *Case of the S.S. "Lotus"*, Judgment of 7 September 1927, Series A, No. 10; p. 18.

⁶ This interpretation is consistent with the consideration that denial of benefit clauses produce effects into the future. Even as Costa Rica recognizes the informative valued that decisions from other arbitral tribunals on similar provisions in other treaties may have, it is important to remember that awards

9. This is the consequence regardless of whether an investment arbitration has been initiated under Section B of Chapter Ten – Investment or not. Filing a notice of intent and a request of arbitration, as well as registration of such request in cases before ICSID, do not freeze in favour of claimant a determination on whether the International arbitration has been rightfully commenced. On the contrary, the first question an arbitral Tribunal must answer is that of its own jurisdiction to determine whether the arbitration may go forward. The invocation of denial of benefits clause is not extemporaneous even though an arbitration may have already been initiated, when there has not been a final determination on the Tribunal's jurisdiction.

10. This interpretation, supported by the text of the Treaty, is furthermore consistent with a teleological interpretation in accordance with Article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (“Vienna Convention”).⁷ Where it not so, this provision would be denied effectiveness or “*effet utile*”.

11. Indeed, an interpretation in accordance with the ordinary meaning to be given to the provisions of the DR-CAFTA, as set forth by the general rule of interpretation contained in Article 31 of the Vienna Convention, must be made according to the so-called “principle of effectiveness”. Under this principle, international treaties are to be interpreted to ensure the effects of their provisions. The International Court of Justice has already recognized that the principle of effectiveness in treaty interpretation has been consistently upheld by international jurisprudence,⁸ and has even specifically invoked this principle when interpreting of dispute resolution treaties.⁹

rendered under other treaties – to which none of the DR-CAFTA Parties is a party – are not binding beyond the context in which they were issued.

⁷ *Vienna Convention on the Law of Treaties* of 23 May 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Besides being an International treaty, the Vienna Convention is generally regarded to have codified provisions of customary international law on the interpretation of international treaties. See, for example, *Pope and Talbot v. Government of Canada*, Interim Award of 26 June 2000, para. 66, available at http://ita.law.uvic.ca/documents/InterimAward_001.pdf, last visited on 13 May 2011.

⁸ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriyah/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 25. See also, *Lighthouse Case (France/Greece)*, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 62, p. 27; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 35, para. 66; and *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 22, para. 52. In international trade law, the principle of effectiveness has been applied repeated times by the Appellate Body of the World Trade Organization, in particular when interpreting provisions from the

12. The object and purpose of DR-CAFTA, and Chapter Ten – Investment in particular, is to recognize to investors of States Party to the Treaty a minimum level of treatment and other guarantees in order to strengthen trade and investment flows in the region, as well as legal certainty (Article 1.2 (Objectives)). Parties to the Treaty undertake this obligation on the basis of reciprocity, under the understanding that its own nationals shall enjoy the same protection in the territory of the other States Party to the Treaty. The denial of benefits clause of Article 10.18 (Denial of Benefits) of DR-CAFTA aims to correct a situation where investors, who may formally be from a Party to the Treaty but are not such in reality, attempt to benefit from the Treaty. In this regard it is a clause that privileges substance over form. It furthermore does not subject the exercise of the faculty to deny benefits to any formal requirements other than that of notification in accordance with Article 18.3 (Notification and Provision of Information). An interpretation of Article 10.18 (Denial of Benefits) that creates formal requirements, including as to the moment of invocation, that are not present in the text of the treaty and that have the effect of denying the provision of any practical applicability goes against the object and purpose of the Treaty.

13. A State Party to DR-CAFTA is not necessarily informed at all times of the share make-up and corporate structure of all investors from other Parties to the Treaty in its territory. What is more likely is that the State only becomes aware of who owns or controls a company at the time when there is a dispute, which escalates into an investment arbitration. Failing to allow the invocation of the denial of benefits clause even when an investment arbitration has already commenced deprives this provision of any effectiveness.

Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes; see, for example, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (adopted 20 May 1996) p. 16-17; Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adopted 1 November 1996) p. 10-11; Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear, WT/DS24/AB/R (adopted 25 February 1997) p. 16; Korea - Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products WT/DS98/AB/R (circulated 14 December 1999), para. 80 – 82; Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/AB/R, (circulated 14 December 1999) para. 88; Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R (adopted 27 October 1999) para. 132-133; and Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, WT/DS176/AB/R, para. 338.

⁹ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of August 19th, 1929, P.C.I.J. Collection of Judgments, Series A, No. 22, p. 13; and *Interpretation of Peace Treaties (second phase)*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 229.

(b) On the definition of “investor from a Party” and “national”.

14. DR-CAFTA expressly and clearly provides what is to be understood, for the purposes of the Treaty in general and Chapter Ten – Investment in particular, as “investor of a Party” and “national”. Indeed, Annex 2.1 (Country-Specific Definitions) to Chapter Two – General Definitions provides:

For purposes of this Agreement, unless otherwise specified:

natural person who has the nationality of a Party means:

...

(g) with respect to the United States, “national of the United States” as defined in the existing provisions of the Immigration and Nationality Act

15. Likewise, Article 10.28 (Definitions) provides that:

For purposes of this Chapter:

...

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of another Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality;

national means a natural person who has the nationality of a Party according to Annex 2.1 (Country-Specific Definitions).

16. In light of the foregoing, it is unnecessary and even inappropriate, to look to other domestic law instruments of a Party to determine who is to be considered as a national or an investor of a Party, other than those expressly provided for in the Treaty. With respect the United States, the nationality of a natural person is determined in accordance with the *Immigration and Nationality Act*.

Respectfully submitted,

[Original signed]

Federico Valerio De Ford, Director

Mónica C. Fernández Fonseca

Luis Adolfo Fernández

General Directorate of Foreign Trade

Ministry of Foreign Trade