

CASO CPA N.º 2013-34

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE ANTE UN TRIBUNAL CONSTITUIDO CONFORME AL
ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE BARBADOS Y LA REPÚBLICA DE VENEZUELA
PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

-entre-

VENEZUELA US, S.R.L.

(la “Demandante”)

-y-

LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

**OPINIÓN DISIDENTE DEL PROFESOR MARCELO G. KOHEN
(SOBRE LA OBJECCIÓN DE LA DEMANDADA A LA JURISDICCIÓN
RATIONE VOLUNTATIS)**

26 de julio de 2016

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 3 (3) DEL TBI Y LA DETERMINACIÓN DE SU ALCANCE	7
	A. EL ARTÍCULO 3 (3) NO DERIVA AUTOMÁTICAMENTE EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA NMF AL ARTÍCULO 8	7
	B. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3 (2)	9
	C. AÚN SI SE APLICARA LA CLÁUSULA NMF AL ARTÍCULO 8, NO EXISTIRÍA JURISDICCIÓN RATIONE VOLUNTATIS	12
III.	NO EXISTE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 8 UNA OFERTA DE ARBITRAJE CNUDMI A LA CUAL PUEDA APLICARSE LA CLÁUSULA NMF	17
IV	CONCLUSIÓN.....	23

I. INTRODUCCIÓN

1. Con profundo pesar, me siento obligado a votar en contra de la decisión de la mayoría que rechaza la Objeción de la Demandada a la Jurisdicción *ratione voluntatis*. Hacerlo es aún más frustrante, ya que coincido en términos generales con la decisión del Tribunal de que la disposición sobre Solución de Controversias Inversor-Estado (SCIE) del Artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Barbados y Venezuela no constituye un fundamento de jurisdicción *per se*¹. Este fue el principal fundamento para la jurisdicción invocado por la Demandante. Además, la Demandante argumentó que la cláusula de trato de la nación más favorecida (en adelante, la “cláusula NMF”) del Artículo 3 era aplicable a la disposición SCIE del Artículo 8, ofreciendo así otro fundamento de jurisdicción. Este argumento de jurisdicción fue aceptado por mis distinguidos colegas. Lamento, en particular, que la mayoría se haya embarcado en una interpretación del Artículo 8 diferente de la utilizada inicialmente, al aplicarlo a las disposiciones de la cláusula NMF del Artículo 3(2). El Tribunal acepta por unanimidad que “la cláusula NMF no puede perseguir el propósito de importar el consentimiento al arbitraje cuando éste no existe bajo el TBI entre Barbados y Venezuela”². A pesar de tal postura, y de la aseveración explícita de que no se está haciendo lo anterior³, lamentablemente, este es el enfoque que la mayoría ha adoptado en su decisión: importar el consentimiento que Venezuela ha dado con respecto al arbitraje CNUDMI en otros TBI al presente caso, en el que no existe consentimiento alguno. Esta es la primera vez que un tribunal ha aceptado tal posibilidad.
2. La cuestión que el Tribunal debía resolver constituye la base misma y el fundamento de la existencia de la jurisdicción para cualquier corte o tribunal internacional: si un Estado ha dado su consentimiento o no. Las cortes y los tribunales internacionales deben ser sumamente cautelosos en este sentido: el ejercicio de la jurisdicción sobre una controversia en la que no se ha dado consentimiento, constituye una grave violación de la soberanía del Estado o de los Estados interesados⁴.

¹ Laudo Interino, párr. 89.

² Laudo Interino, párr. 105.

³ Laudo Interino, párr. 111.

⁴ El profesor Georges Abi-Saab explica la situación en los siguientes términos: “En el derecho internacional, todos los tribunales - no sólo arbitrales, sino incluso judiciales- son tribunales de jurisdicción de atribución, por ende, limitada ... Esto se debe a que, en ausencia de un poder centralizado a nivel internacional que ejerza la función judicial a través de un sistema judicial facultado desde arriba (o más bien que encarne el poder judicial como parte del poder centralizado), todos los órganos decisorios internacionales están facultados desde abajo, sobre la base del consentimiento y acuerdo de los sujetos (es decir, los litigantes, les justiciables) en sí mismos ... Esta es la razón por la cual el principio fundamental y la regla básica en la administración de justicia internacional es aquel

3. Este requisito de proceder con tal cuidado en el ejercicio del principio *Kompetenz-Kompetenz* es aún más agudo en el caso de tribunales *ad hoc* en los que los árbitros se nombran para ocuparse de una determinada controversia y, en consecuencia, no actúan como miembros de un cuerpo judicial preestablecido de forma permanente. Esto se intensifica aún más en el arbitraje de inversión, en el que la posible cantidad de demandantes que invocan cualquier tipo de fórmula para establecer el consentimiento y, con ello, la creación de tribunales, podría ser ilimitada. En mi opinión, la mayoría de este Tribunal ha cometido un error en el ejercicio de su jurisdicción para decidir sobre la jurisdicción *ratione voluntatis* por los motivos que se detallan a continuación.
4. La cuestión de la aplicabilidad de las cláusulas NMF a las disposiciones SCIE contenidas en los TBI ha sido objeto de controversia a nivel doctrinal y jurisprudencial. Comenzando con la decisión del caso *Maffezini*, las disposiciones NMF han sido invocadas en relación con las cláusulas SCIE con diferentes propósitos: (1) para evitar condiciones previas al arbitraje tales como recurrir a los tribunales locales durante un período de tiempo (generalmente 18 meses) antes de iniciar un arbitraje inversor-Estado⁵; (2) para ampliar la disposición SCIE cuando dicha disposición se limita a cuestiones relativas al “monto de la compensación” o a la “expropiación”

del fundamento de jurisdicción consensual ... Ello también explica la percepción generalizada de que la primera tarea de un tribunal internacional consiste en determinar su jurisdicción; y el gran cuidado que los tribunales internacionales ejercen en el establecimiento, desde el primer momento, de la existencia y los límites del consentimiento de las partes que comparecen ante ellos, en el cual se basa su jurisdicción”. [Traducción libre] *Abaclat y Otros c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/5, Opinión Disidente a la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, párrs. 7 y 8.

⁵ *Maffezini c. España*, Caso CIADI N.º ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000; *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004; *Gas Natural SDG SA c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio de 2005; *Telefónica c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de mayo de 2006; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006; *Suez y otros c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006; *Suez y otros c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006; *Wintershall c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008; *Impregilo SpA c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17, Laudo Definitivo, 21 de junio de 2011; *Hochtief AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011; *ICS c. Argentina*, Caso CPA N.º 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012); *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012; *Teinver SA c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012; *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/1, Laudo, 2 de julio de 2013; *Dede y Elhüseyni c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/10/22, Laudo, 5 de septiembre de 2013.

o a cuestiones similares⁶; (3) para importar una definición de “inversión” o “inversor”⁷; (4) para aplicar el acuerdo internacional relativo a la inversión de manera retroactiva⁸; (5) para eludir cláusulas de emergencia o excepciones de los acuerdos internacionales relativos a inversiones⁹; (6) para invocar otros mecanismos de solución de controversias¹⁰; y (7) para incorporar el arbitraje inversor-Estado en un tratado que carece de una disposición válida en materia de arbitraje inversor- Estado¹¹. Salvo en la situación (1), en la cual existen puntos de vista contrarios, los tribunales han rechazado sistemáticamente la aplicación de disposiciones NMF para modificar el alcance de las disposiciones SCIE o para crear un consentimiento, con sólo dos excepciones (*RosInvest* y *Garanti Koza*). Respecto de la primera situación, diversos tribunales han aceptado

⁶ *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de noviembre de 2004; *Berschader c. Federación Rusa*, Caso CCE N.º 080/2004, Laudo y Corrección, 21 de abril de 2006, párr. 185; *Telenor Mobile Communications AS c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/04/15, Laudo, 22 de junio de 2006; *Renta 4 SVSA y otros c. Federación Rusa*, Caso CCE N.º 24/2007, Laudo sobre Objeciones Preliminares, 20 de marzo de 2009; *Tza Yap Shum c. Perú*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI N.º ARB/07/6; *Austrian Airlines c. Eslovaquia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 9 de octubre de 2009; *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 22 de octubre de 2012; *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo, 14 de febrero de 2012; *Accession Mezzanine Capital LP y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/12/3, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada en virtud de la Regla 41 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 16 de enero de 2013; *Emmis International Holding, BV y otros c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/12/2, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada en virtud de la Regla 41 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 11 de marzo de 2013; *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013; *Sanum Investments Limited c. República Democrática Popular de Laos*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2013-13, Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2013.

⁷ *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd c. Myanmar*, Caso ASEAN N.º ARB/01/1, Laudo; *Société Générale c. República Dominicana*, CNUDMI, Caso LCIA N.º UN 7927, Laudo sobre Objeciones Preliminares a la Jurisdicción, 19 de septiembre de 2008; *HICEE BV c. Eslovaquia*, Caso CPA N.º 2009-11, Laudo Parcial, 23 de mayo de 2011; *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)04/6, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de agosto de 2008; *Rafat Ali Rizvi c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/11/13, Laudo sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2013; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013. Véanse también *Berschader c. Russia*, nota al pie 6 *supra*, párr. 188; *Canadian Cattlemen for Fair Trade c. Estados Unidos*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 28 de enero de 2008.

⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003; *MCI Power Group LC y New Turbine Inc c. Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/03/6, Laudo, 26 de julio de 2007.

⁹ *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 25 de abril de 2005, párr. 377; *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016, párr. 401.

¹⁰ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005; *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI N.º ARB/11/20, Decisión sobre la Excepción a la Jurisdicción por Falta de Consentimiento, 3 de julio de 2013.

¹¹ *Walter Bau AG c. Tailandia*, CNUDMI, Laudo, 1 de julio de 2009 (durante el procedimiento, la Demandante reconoció que la disposición que invocaba no era realmente una cláusula NMF). Véanse también *EURAM c. República Eslovaca*, nota al pie 6 *supra*, párr. 447 y *Hochtief c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 79-82.

esta posibilidad¹² mientras que otros tribunales (en general, más recientes) consideran que esto no es posible¹³.

5. Un aspecto que distingue el caso que nos ocupa de la mayoría de los casos relativos a disposiciones NMF y SCIE, con independencia del razonamiento aplicado por algunos tribunales, es que en las primeras seis situaciones, al menos existía en el tratado aplicable una oferta limitada, pero no obstante disponible, de arbitraje. En la última categoría (situación (7)), en la cual se ubica este caso, tal como será desarrollado *infra*, no existía una oferta de arbitraje disponible en el tratado base, y los tribunales que analizaron situaciones similares, con anterioridad a este caso, han rechazado de manera unánime la posibilidad de crear consentimiento a través de la disposición NMF.
6. El *Informe Final de 2015 del Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación Más Favorecida* ha sido muy cauteloso al afirmar que “[s]i bien la postura despertó polémica en algunas de las primeras decisiones de los tribunales, hay pocas dudas de que, *en principio*, las disposiciones NMF pueden ser aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias de los TBI”¹⁴. En otras palabras, si las cláusulas NMF pueden aplicarse a las disposiciones SCIE, este no es siempre el caso, y aún menos pueden aplicarse automáticamente. Tal como se demostrará en esta opinión, la decisión de la mayoría es la que ha llegado más lejos en el uso de una cláusula NMF en pos de establecer la jurisdicción.
7. Esta opinión disidente se encuentra dividida en dos partes principales. La primera parte analiza el alcance de la cláusula NMF del Artículo 3 (II.). En dicha parte, demostraré que la cláusula NMF del Artículo 3(2) no es aplicable al Artículo 8. Asimismo, en el caso de que se asumiera que dicha cláusula era aplicable al Artículo 8 y que Venezuela estaba obligada a *ofrecerles* a los inversores de Barbados un arbitraje CNUDMI, aún no existe *consentimiento* alguno por parte de Venezuela a este arbitraje. La segunda parte de esta opinión disidente comprende la interpretación de la disposición SCIE del Artículo 8 del TBI (III.). También demostraré que, en la situación actual,

¹² *Maffezini c. España*, nota al pie 5 *supra*; *Siemens c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Gas Natural c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Telefónica c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *National Grid c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Suez I*, nota al pie 5 *supra*; *Suez II*, nota al pie 5 *supra*; *Impregilo c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Hochtief c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Teinver c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*.

¹³ *Wintershall c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *ICS c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Daimler c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*; *Kılıç c. Turkmenistán*, nota al pie 5 *supra*; *Dede c. Rumania*, nota al pie 5 *supra*.

¹⁴ GRUPO DE ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA, INFORME FINAL, ANEXO AL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 70 UNGAOR (DOCUMENTOS OFICIALES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS) SUPP. N° 10, UN DOC. A/70/10 (14 de agosto de 2015), pág. 199, párr. 162.

es imposible hallar un consentimiento al arbitraje CNUDMI en el Artículo 8(4). La declaración de disidencia concluirá con algunas observaciones finales (IV.).

II. LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 3 (3) DEL TBI Y LA DETERMINACIÓN DE SU ALCANCE

8. En aras de facilitar la lectura de esta opinión, se cita nuevamente el Artículo 3 del TBI Barbados-Venezuela:

Disposiciones sobre Trato Nacional y Trato de la Nación más Favorecida

(1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a las inversiones o rendimientos de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que aquel que otorgue a las inversiones o rendimientos de sus propios nacionales o sociedades o a las inversiones o rendimientos de nacionales o sociedades de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones, a un trato menos favorable que aquel que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a nacionales o sociedades de cualquier tercer Estado.

(3) El tratamiento previsto por los párrafos (1) y (2) de este Artículo, se aplicará a las previsiones del Artículo 1 al 11 de este Acuerdo.

9. En esta sección, explicaré los motivos por los cuales el Artículo 3 (3) no implica automáticamente la aplicabilidad de la cláusula NMF al Artículo 8 y, de hecho, por qué no es aplicable (A). Tras haber interpretado el Artículo 3 (2) (B), demostraré, asimismo, que incluso si se aplicara la Cláusula NMF del Artículo 3 (2) al Artículo 8, no existiría, aun así, jurisdicción *ratione voluntatis* (C).

A. EL ARTÍCULO 3 (3) NO DERIVA AUTOMÁTICAMENTE EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA NMF AL ARTÍCULO 8

10. Ambas partes en este caso coinciden en que el Artículo 8 se rige por las cláusulas NMF contenidas en los párrafos (1) y (2) del Artículo 3, dado que su párrafo (3) establece que “[e]l tratamiento previsto por los párrafos (1) y (2) (...) se aplicará a las previsiones de los Artículos 1 a 11 de este Acuerdo”. Están en desacuerdo sólo respecto del alcance de tal aplicabilidad. El Tribunal no está vinculado por la interpretación de las disposiciones del TBI seguida por las partes del caso.

Además, las partes de este caso no son idénticas a aquellas del Tratado. Sólo una de las partes del TBI es parte en esta controversia. Puede ser que las partes del caso estén simplemente equivocadas en su interpretación. No creo que sea necesario demostrar que las cortes y los tribunales internacionales pueden aplicar y, de hecho, han aplicado, interpretaciones de una disposición convencional, diferentes de las presentadas por las partes de un caso. La mayoría del Tribunal también dio por sentada la aplicabilidad del Artículo 3 al Artículo 8. De hecho, a primera vista, éste parece ser el caso, puesto que el Artículo 8 se encuentra claramente incluido en la fórmula “Artículos 1 a 11”. No obstante, como demostraré, esto no es suficiente para sacar conclusiones respecto de la “aplicabilidad” del Artículo 3 (2) al Artículo 8, tal como sostiene la decisión de la mayoría¹⁵. Luego procederé a analizar el contenido del Artículo 3 (3) mediante las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual refleja la situación del derecho internacional general en este campo, como es ampliamente aceptado.

11. El Artículo 3 (3) del TBI Barbados-Venezuela no ha sido redactado de manera ejemplar¹⁶. La referencia a los “Artículos 1 a 11” debe cumplir necesariamente con la condición de *la posibilidad lógica y/o material* de que los párrafos (1) y (2) del Artículo 3 fueran efectivamente aplicables a cada uno de los aspectos de estos artículos. Es evidente que muchos de los Artículos 1 a 11 no son candidatos para ello. Además, en algunos casos, el intento de aplicarlos redundaría en situaciones ridículas. Así, resulta muy difícil concebir la aplicabilidad del Artículo 3 (1) y (2) al Artículo 1 (Definiciones), obviamente al propio Artículo 3 (!), al Artículo 4 (que contiene su propia autónoma cláusula similar), al Artículo 7 (que contiene excepciones a la propia Cláusula NMF), al Artículo 9 (que establece una disposición de solución de controversias *entre las Partes Contratantes* y no es relevante en absoluto para las cláusulas de trato NMF relativas a inversiones o inversores), y al Artículo 11 (que impone la aplicación de Reglas más favorables que aquellas contempladas por el TBI, entre las cuales se encuentra obviamente el Artículo 3, por lo cual su aplicación se torna imposible). Esta lista (bastante extensa) de artículos irrelevantes, sin perjuicio de su referencia en el párrafo (3), basta para demostrar que la mera inclusión del Artículo 8 en la referencia general a los “Artículos 1 a 11” no es suficiente para asumir la aplicabilidad de la cláusula NMF del Artículo 3 (2) al Artículo 8.

12. Tal como ha sido reconocido en el Informe Final del Grupo de Estudio de la CDI:

¹⁵ Laudo Interino, párr. 102.

¹⁶ Sé que otros TBI utilizan las mismas fórmulas u otras similares. Límite mi análisis al texto del tratado que el Tribunal debe analizar a los efectos del caso.

Existen algunos parámetros (*ratione materiae, ratione personae, ratione temporis, etc.*) dentro de los cuales debe aplicarse una disposición NMF, por lo que la pregunta pasa a ser si las condiciones para acceder a la solución de controversias son en sí mismas un parámetro relevante. La interpretación y aplicación de una disposición NMF no puede quedar completamente abierta. Tal y como estipula el proyecto de artículo 14 del proyecto de artículos de 1978: ‘El ejercicio de los derechos que dimanen de la cláusula de la nación más favorecida para el Estado beneficiario o las personas o cosas que se hallen en determinada relación con ese Estado estará sujeto al cumplimiento de los términos y condiciones pertinentes establecidos en el tratado que contenga la cláusula o convenidos de otro modo por el Estado concedente y el Estado beneficiario’. No cabe duda de que, si en un TBI un Estado ha consentido en reconocer como inversores a determinadas categorías de personas, no se puede invocar una disposición NMF para cambiar esas categorías¹⁷.

13. El Artículo 3 (3) se refiere “[a]l tratamiento previsto por los párrafos (1) y (2)”. Pueden realizarse algunas observaciones generales a partir de esta limitación. En primer lugar, cubre el “tratamiento” con el alcance de los párrafos (1) y (2). En segundo lugar, esto también significa que, en principio, no sólo cubre el trato de la NMF, sino también el trato nacional (en adelante “TN”) debido a que ambos párrafos (1) y (2) abordan ambos estándares. En tercer lugar, el Artículo 3 (3) cubre el TN y el trato de la NMF en relación con las “inversiones” (párrafo (1)) y los “inversores” (párrafo (2)). En cuarto lugar, cubre el tratamiento “en su territorio”, limitación que aparece en los párrafos tanto (1) como (2).

B. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3 (2)

14. Me centraré en el Artículo 3 (2) puesto que la decisión consideró que “el trato de la NMF puede extenderse a las disposiciones de resolución de controversias sólo por operación del Artículo 3(2) del Tratado. ‘La inversión’ como tal, no posee derechos procesales, y por lo tanto, el Artículo 3(1) carece de relevancia en lo que concierne a la investigación del Tribunal en cuanto a su jurisdicción”¹⁸.
15. El Tribunal debería haber analizado el contenido del párrafo (2) en aras de determinar si es realmente posible aplicarlo a las disposiciones del Artículo 8. Desafortunadamente, decidió no hacerlo. El Tribunal considera que, dado que el Artículo 8 se refiere al “derecho” de los

¹⁷ GRUPO DE ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA, INFORME FINAL, ANEXO AL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, nota al pie 14 *supra*, págs. 199-200, párrs. 164-166 (notas al pie omitidas).

¹⁸ Laudo Interino, párr. 104.

inversores, no es necesario analizar si el término “trato”, en particular, cubre “derechos sustanciales” y/o “derechos procesales”¹⁹. Sin embargo, no *todos* los derechos conferidos a los inversores por el TBI se encuentran dentro del alcance del Artículo 3 (2). Procedo ahora a interpretar el párrafo (2), comenzando por el sentido corriente de sus términos en su contexto.

16. Primero, el Artículo 3 (2) alude al “trato” “en cuanto se refiere a “la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones”. La cuestión planteada es si el derecho a recurrir al arbitraje internacional está incluido dentro de este “trato”. El texto brinda entonces una lista limitativa de los tratamientos cubiertos por la cláusula NMF. Si la intención de las partes hubiese sido la de incluir *todos* los derechos de los inversores, no habría sido necesario presentar un listado tan detallado. Mi argumento es que el uso de la palabra “trato” no es adecuado para referirse al derecho a someter una controversia a arbitraje internacional.
17. En el caso *ICS c. Argentina*, el Tribunal analizó el alcance del Artículo 3 (2) del TBI Argentina-Reino Unido, que es similar al texto que analizamos en el presente caso. El Tribunal observó que “[l]a formulación del artículo 3(2) también difiere de las cláusulas que prevén trato de NMF con relación a ‘todas las cuestiones’ o ‘todas las materias’ relativas al TBI y es de alcance más restringido que ellas”²⁰. Además, el Tribunal afirmó que un “[a]rbitraje internacional contra el Estado no es una actividad normal en el sentido de que sólo sucede, *per essence*, cuando las controversias continúan sin resolverse, a menos que se dé por hecho la existencia del TBI o de otro acuerdo que prevea el arbitraje internacional”²¹. El Tribunal también sostuvo que “[o]tros tratados de inversión recientes han incluido disposiciones que indican expresamente que este lenguaje está destinado a limitar en forma específica la cláusula de NMF a las cuestiones de trato sustantivo”²².
18. Segundo, el Artículo 3 incluye en sus disposiciones NMF y TN una limitación al tratamiento “en su territorio”. Numerosos tribunales reconocen que este tipo de redacción constituye una limitación a la disposición NMF²³. En el caso *Berschader*, el Tribunal determinó que el uso de las expresiones “trato” y “en su territorio” en el TBI “parece indicar que lo que las Partes

¹⁹ Laudo interino, párr. 102.

²⁰ *ICS c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 299.

²¹ *Ibid.*, párr. 300. Véase también *Wintershall c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 169-171.

²² *ICS c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 302. Véase, Tratado de Libre Comercio entre Chile-Colombia (2006), Anexo 9.3; Tratado de Libre Comercio entre Canadá-Perú (2008), Anexo 804.1.

²³ *Berschader c. Russia*, nota al pie 6 *supra*; *Impregilo c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 100; *ICS c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 305; *Daimler c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 226.

Contratantes tenían en vista eran los derechos sustanciales conferidos a los inversores dentro del territorio de los Estados Contratantes” y que “lo que las Partes Contratantes tenían en mente era una formulación bastante habitual de la cláusula NMF”²⁴. [Traducción libre]

19. En el caso *ICS*, el Tribunal determinó que “el arbitraje internacional no es una actividad inherentemente ligada al territorio del Estado demandado. En realidad, lo contrario es cierto”²⁵. El Tribunal observó que “[c]uando una cláusula de NMF es aplicable exclusivamente al trato en el territorio del Estado receptor, el corolario lógico es que el trato fuera del territorio del Estado receptor no se encuentran dentro del alcance de la cláusula”²⁶. En el caso *Daimler*, la decisión siguió una postura similar a la adoptada en el caso *ICS*²⁷. En el caso *ST-AD c. Bulgaria*, el Tribunal, apoyándose en el laudo del caso *Daimler*, consideró que “una referencia a las palabras ‘trato en el territorio de la otra Parte Contratante’ no puede conciliarse con un procedimiento de arbitraje internacional, que no tiene su origen en el territorio”²⁸. [Traducción libre] Por definición, el arbitraje internacional no se produce *en el territorio* del Estado Contratante.
20. La referencia del párrafo (2) al trato otorgado por la Parte Contratante no sólo a los nacionales de terceros países, sino a sus *propios nacionales*, también refuerza esta interpretación, ya que es evidente que los nacionales no pueden invocar el recurso al arbitraje internacional en contra de su propio Estado.
21. En síntesis, el significado de “las previsiones del Artículo 1 a 11” en contexto se refiere simplemente a “las previsiones de este tratado”²⁹. Esta referencia general, tal como se ha explicado *supra*, torna el Artículo 3 (2) aplicable a los demás artículos del TBI *en la medida en que las condiciones sustanciales previstas en el párrafo (2) se encuentren presentes en dichos artículos*. En mi opinión, por el motivo ya expuesto, este no es el caso del Artículo 8.
22. El objeto y fin del TBI Barbados-Venezuela no permiten otra interpretación del Artículo 3. El contenido del tratado, así como su preámbulo, demuestran que su objeto y fin consiste en promover y proteger las inversiones. El preámbulo también se refiere al fortalecimiento de los

²⁴ *Berschader c. Russia*, nota al pie 6 *supra*, párr. 185.

²⁵ *ICS c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 306.

²⁶ *Ibid.*, párr. 308.

²⁷ *Daimler c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 226-229.

²⁸ *ST-AD c. Bulgaria*, nota al pie 6 *supra*, párr. 394.

²⁹ Los únicos artículos aislados de la descripción “Artículos 1 a 11” son aquellos relacionados con la entrada en vigor y la duración y extinción del tratado

lazos de amistad, la extensión e intensificación de las relaciones económicas y la estimulación del flujo de capital y tecnología y el desarrollo económico de las partes. En el preámbulo, las partes también reconocen que “es deseable un trato justo y equitativo para las inversiones”. No existe ninguna referencia al establecimiento del arbitraje internacional a disposición de los inversores como un objeto y fin particular del tratado. Tal como explicaré más adelante, la protección de las inversiones extranjeras no implica necesariamente la necesidad de establecer un arbitraje internacional.

23. Coincido con el *Informe Final de 2015 del Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación Más Favorecida* cuando establece que, “[e]n última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de las controversias. La redacción explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias”³⁰. En mi opinión, por las razones expuestas *supra*, la formulación mal definida del párrafo (3) no resuelve la cuestión por sí misma. La “redacción explícita” requerida podría haberse encontrado, por ejemplo, si el Artículo 3 (2) hubiera incluido la “solución de controversias” en la enumeración de los derechos de los inversores que se rigen por la cláusula NMF, sin ninguna limitación territorial. Dicha referencia no fue incluida.
24. No obstante, no concluiré mi análisis en este punto, dado que, en mi opinión, incluso si siguiéramos la interpretación de que los “derechos procesales” también están incluidos en la descripción del Artículo 3 (2), tal como afirma la mayoría, el resultado de la cuestión analizada en el presente caso sería el mismo. Suponiendo incluso que la disposición del Artículo 3 (2) es aplicable al Artículo 8, no existiría, aun así, jurisdicción *ratione voluntatis* en las presentes circunstancias. Esto es lo que analizaré en la siguiente sección.

C. AÚN SI SE APLICARA LA CLÁUSULA NMF AL ARTÍCULO 8, NO EXISTIRÍA JURISDICCIÓN RATIONE VOLUNTATIS

25. Supongamos que la cláusula NMF del Artículo 3 (2) es aplicable al Artículo 8 del TBI Barbados-Venezuela. Supongamos también que a los inversores de Barbados se les ofreciera el mejor trato que Venezuela otorgaría a los inversores de otros Estados en otros TBI, lo que incluiría la posibilidad de someter controversias al arbitraje CNUDMI, ya que, tal como indica la mayoría, otros TBI celebrados por Venezuela y que han entrado en vigor, aceptan a la CNUDMI como

³⁰ GRUPO DE ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA, INFORME FINAL, ANEXO AL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, nota al pie 14 *supra*, pág. 209, párr. 216.

mecanismo de arbitraje supletorio e incluso como mecanismo principal. Aun así, esta afirmación no resuelve la cuestión fundamental de este caso: si Venezuela consintió al arbitraje CNUDMI para los inversores de Barbados. Ante todo, cabe destacar que el *Informe Final* del Grupo de Estudio de la CDI, si bien acepta *la posibilidad* de aplicar las disposiciones NMF a las disposiciones de solución de controversias, no examinó las *consecuencias* de la aplicación de la cláusula NMF a tales disposiciones. No existen motivos para prejuzgar que la aplicación de la cláusula NMF a las disposiciones de solución de controversias crea automáticamente una base de jurisdicción.

26. El Artículo 3 constituye una disposición sustantiva que contiene *obligaciones* en materia de trato NMF y TN, es decir, cómo *deben actuar* las Partes Contratantes en relación con las inversiones, los rendimientos y los inversores, sin establecer la solución de controversias a nivel internacional ni prestar consentimiento a dicha solución. De hecho, el Artículo 3 (2) obliga a las partes a conceder, a determinadas actividades de los inversores de la otra parte, el trato más favorable dentro de su territorio. Supongamos que ello implica la obligación “procesal” por parte de Venezuela de ofrecer a los inversores de Barbados los mejores mecanismos de solución de controversias establecidos en otros TBI, como cree la mayoría.
27. Suponiendo que los inversores de Barbados están facultados a beneficiarse de la aceptación por parte de Venezuela del arbitraje CNUDMI con respecto a inversores de terceros países, la cuestión del *cumplimiento* de tal obligación aún permanece inconclusa. Tener un derecho (o una obligación) es una cosa, respetar o no tal derecho (u obligación) es otra muy distinta. En otras palabras, aún si Venezuela estuviera obligada a otorgar a los inversores de Barbados el derecho acordado a los inversores de Ecuador de tener acceso al arbitraje CNUDMI, la cuestión consistiría en determinar si Venezuela ha implementado efectivamente ese derecho en el caso de los inversores barbadenses, ofreciéndoles dicho arbitraje. Esta es la manera habitual en la que siempre han sido interpretados y aplicados los derechos emergentes de las Cláusulas NMF, y no existen motivos para tratar la obligación de conceder a los inversores acceso al arbitraje internacional de otra manera³¹. Las cláusulas NMF pueden ampliar los derechos convencionales y las obligaciones

³¹ Véanse, por ejemplo, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo sobre Jurisdicción y Fondo, 14 de agosto de 2007, párrs. 366-376; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. c. Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29, Laudo, 24 de agosto de 2009, párrs. 417-420; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/22, Laudo, 17 de septiembre de 2010, párr. 12.3.2; *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, párrs. 342-342; *Cargill, Inc c. Mexico*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, párrs. 228-234; *Grand River Enterprises et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, párrs. 158-172; *Convial Callao S.A. y CCI Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*,

concomitantes, no pueden implementar por sí mismas el ejercicio de tales derechos o la ejecución de las obligaciones concomitantes.

28. Una de las contradicciones que surge de la aplicación de una disposición NMF a cuestiones de jurisdicción es que el Tribunal, en lugar de determinar primero que tiene jurisdicción bajo la disposición SCIE del TBI y analizar después una reclamación por incumplimiento de una disposición NMF, inicia el análisis en sentido inverso.
29. El árbitro Christopher Thomas denominó este problema como una “cuestión secuencial”. Lo explicó de la siguiente forma: “A mi juicio, buscar la aplicación de determinada regla de trato en el Tratado para crear jurisdicción equivale a poner la carreta delante de los bueyes (...). Un tribunal no puede pronunciarse sobre los derechos de alguien si las partes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales que constituyen el umbral para reclamar la observancia de esos derechos [...]”³². El caso trataba sobre el uso de una cláusula NMF a efectos de hacer caso omiso del período de litigación de 18 meses; sin embargo, el razonamiento es plenamente aplicable al caso que nos ocupa³³.
30. De modo similar, la mayoría en el caso *Daimler* analizó el “momento oportuno para la legitimación jurisdiccional” y se interesó por el momento en el que podía plantearse una reclamación NMF ante un tribunal arbitral internacional³⁴. [Traducción libre] La mayoría destacó que el cumplimiento del período de 18 meses de sometimiento a los tribunales nacionales constituye una condición suspensiva del consentimiento del Estado receptor a someter una determinada controversia al arbitraje inversor-Estado y, por consiguiente, la cuestión de la disposición NMF aún no se había planteado adecuadamente ante el tribunal³⁵. La decisión se sustentaba en el razonamiento de la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil*, en el que la aceptación por parte de Irán de la jurisdicción de la CIJ sobre controversias emergentes de los dos “tratados de base” (los tratados Persia/Reino Unido) constituía una condición suspensiva de la legitimación del Reino Unido para plantear sus reclamaciones NMF ante la Corte³⁶. [Traducción libre] Debido

Caso CIADI N.º ARB/10/2, Laudo, 21 de mayo de 2013, párrs. 663-668; *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/12/1, Laudo, 25 de agosto de 2014, párrs. 8.59-8.78.

³² *Hochtief c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, Opinión Separada y Disidente, párrs. 81-82.

³³ Véase también Zachary Douglas, *The NMF Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, 2 JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT (2011), págs. 97-113.

³⁴ *Daimler c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 199-204.

³⁵ *Ibid.*, párr. 200.

³⁶ *Ibid.*, párrs. 201-203.

a que no se había cumplido con dicha condición suspensiva, el Reino Unido no poseía legitimación y la CIJ carecía de jurisdicción³⁷.

31. Asimismo, en el caso *ST-AD c. Bulgaria*, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

El objeto y fin de la cláusula NMF del TBI consiste en conceder a los inversores protegidos el trato más favorable que se encuentre en otros TBI. Pero antes de poder ser capaz de solicitar un trato “más favorable”, un inversor debe haber sido ya sometido a lo que considera un trato menos favorable y las condiciones para acceder a un trato más favorable a través de la cláusula NMF, deben haber sido satisfechas. Más concretamente, antes de que un tribunal pueda aplicar la cláusula NMF, (i) debe existir un inversor extranjero (y las condiciones para ser considerado inversor extranjero bajo el TBI no pueden ser modificadas a través de la cláusula NMF), (ii) debe existir una inversión (y las condiciones para concluir que existe una inversión bajo el TBI no pueden ser modificadas a través de la cláusula NMF), (iii) el TBI debe ser aplicable *ratione temporis* a la situación (y las condiciones de aplicación *ratione temporis* bajo el TBI no pueden ser modificadas a través de la cláusula NMF), y (iv) ante todo, el tribunal debe gozar de jurisdicción *ratione voluntatis* (y las condiciones de acceso a la jurisdicción *ratione voluntatis* bajo el TBI no pueden ser modificadas a través de la cláusula NMF)³⁸. [Traducción libre]

32. En resumen, las cláusulas NMF no tienen el poder de *expresar consentimiento* a pesar de que podrían imponer *la obligación de prestar consentimiento* al arbitraje internacional si su contenido así lo permite. Considerar que es posible exigir de forma automática el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones sin su consentimiento es algo que quizás el Consejo de Seguridad podría hacer en ejercicio de sus competencias con arreglo al Capítulo VII de la Carta, pero ciertamente no es algo que un tribunal arbitral pueda hacer. Esto sería algo más que extraordinario: sería ignorar el principio básico de la atribución de jurisdicción internacional, es decir, el principio de consentimiento a la jurisdicción.

33. La Corte Internacional de Justicia es consciente de ello y ha distinguido sistemáticamente entre lo que serían violaciones de obligaciones internacionales (incluidas las violaciones graves) y la existencia de jurisdicción. Tal como declaró la Corte en los casos iniciados por la entonces República Federal de Yugoslavia contra los Estados de la OTAN: “existe una distinción fundamental entre la cuestión de la aceptación por parte de un Estado de la jurisdicción de la Corte y la compatibilidad de determinados actos con el derecho internacional; la primera requiere

³⁷ *Ibid.*, párr. 203.

³⁸ *ST-AD c. Bulgaria*, nota al pie 6 *supra*, párr. 344.

consentimiento; la segunda sólo puede plantearse cuando la Corte se ocupe del fondo”³⁹.
[Traducción libre]

34. Lo anterior se aplica al arbitraje internacional. Incluso si las situaciones son diferentes, considero que lo analizado por la CIJ en su opinión consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* resulta de utilidad en este caso. Estos tres Estados habían aceptado el arbitraje como mecanismo de solución de controversias con las otras Partes Contratantes de los Tratados de Paz. Debían nombrar a un árbitro para permitir que el tribunal se constituyera. No lo hicieron. La cuestión era si el Secretario General de las Naciones Unidas, quien podía nombrar al tercer árbitro, también podía nombrar al árbitro no designado por las partes. La respuesta de la Corte fue que no podía hacerlo⁴⁰. La negativa de estos tres Estados a nombrar a sus miembros para las Comisiones del Tratado hubiese dado lugar a responsabilidad internacional por no haber cumplido con una obligación en virtud del tratado. Sin embargo, las Comisiones, cuya jurisdicción fue aceptada por Bulgaria, Hungría y Rumania, no podían constituirse sin la actuación de estos tres Estados en la forma prescrita por el Tratado. La cuestión aquí no es la constitución del tribunal (algo que Venezuela ha aceptado con el único propósito de analizar su jurisdicción y afirmando constantemente que no ha prestado su consentimiento a la jurisdicción sobre el fondo)⁴¹, sino si Venezuela ha prestado su consentimiento a la solución de la controversia planteada por la Demandante a través del arbitraje.
35. Así pues, suponiendo que en virtud de la cláusula NMF, Venezuela estuviera obligada a conceder a los inversores barbadenses acceso a un tribunal arbitral CNUDMI, este Tribunal no podría analizar el fondo (u otras excepciones con respecto a la jurisdicción o la admisibilidad), si no se demuestra que Venezuela ha dado su consentimiento y, por lo tanto, si ha cumplido con su obligación derivada del Artículo 3(2).
36. Esta interpretación se ve reforzada por otros artículos del tratado. El Artículo 8 (3) establece que “[l]a sentencia arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la

³⁹ Véase, por ejemplo, *Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia c. Canadá), Medidas Provisionales, Orden del 2 de junio de 1999*, ICJ REPORTS 1999, pág. 273, párr. 43.

⁴⁰ *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, Opinión Consultiva (Segunda Fase), [1950] ICJ REPORTS 221, 228-229.

⁴¹ Véanse Contestación de la Demanda, 3 de marzo de 2014; Solicitud de Bifurcación, 11 de marzo de 2014; Memorial, 11 de abril de 2014; Réplica, 30 de mayo de 2014; Transcripción de la Audiencia (en particular, el 10 de julio de 2014, 10: 6-10).

Parte Contratante en cuestión de sus obligaciones conforme al presente Acuerdo”⁴². Tal como se ha mencionado *supra*, las disposiciones NMF y TN del Artículo 3 son disposiciones sustantivas que contienen obligaciones. De este modo, lo único que podría hacer un tribunal que tenga jurisdicción respecto de un artículo que prevé una obligación como el Artículo 3, es determinar si existe o no una violación de dicha obligación. En otras palabras, el Tribunal no podría utilizar una obligación para otros propósitos, como es el de crear jurisdicción *ratione voluntatis*.

37. En síntesis, si la Demandante considera que Venezuela no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del Artículo 3 del TBI, como en efecto lo hace⁴³, ello sólo puede ser determinado por un tribunal en la medida en que tenga jurisdicción. El Artículo 3 (2) no contiene al mismo tiempo una obligación, por una parte, y el medio jurisdiccional para determinar su cumplimiento o violación, por la otra.
38. En el presente caso, aún suponiendo la aplicabilidad del Artículo 3 (2) al Artículo 8 del TBI, falta un paso para que este Tribunal tenga jurisdicción. etapa esta altura, es más que evidente que Venezuela no ha dado su consentimiento al arbitraje CNUDMI para el caso iniciado por la Demandante. La mayoría es consciente de esta dificultad a la hora de justificar su decisión. Trató de resolver este obstáculo bastante insuperable, determinando que existe un supuesto consentimiento permanente al arbitraje CNUDMI en el Artículo 8 (4) del TBI. En la siguiente sección, demostraré que tal consentimiento no existe.

III. NO EXISTE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 8 UNA OFERTA DE ARBITRAJE CNUDMI A LA CUAL PUEDA APLICARSE LA CLÁUSULA NMF

39. Con el fin de superar la carencia esencial de consentimiento por parte de Venezuela en cuanto al arbitraje CNUDMI en el presente caso, la mayoría realiza, en mi opinión, una interpretación seriamente errónea del Artículo 8, al tratar de aplicarle el Artículo 3 (2), por las razones que desarrollaré a continuación. En aras de facilitar la lectura de esta opinión, cito aquí el contenido del Artículo 8:

⁴² Esto es similar al caso de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN que establecen que un inversor podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte “ha violado una obligación establecida en... la Sección A”. La Sección A versa sobre las obligaciones respecto de una “Inversión”, incluidos el trato NMF y el TN.

⁴³ Escrito de Demanda, párrs. 87-89.

**Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante
y Nacionales o Sociedades de la otra Parte Contratante**

(1) Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante que se refieran a las obligaciones de aquella conforme a este Acuerdo en relación con una inversión, se someterá, a solicitud del nacional o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada mediante conciliación o arbitraje de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

(2) Mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte de la Convención mencionada en el párrafo (1) de este Artículo, las controversias a que dicho párrafo se refiriese someterán al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de conformidad con las Reglas que Rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos por la Secretaría del Centro (Reglas del Mecanismo Complementario). Si por cualquier motivo el Mecanismo Complementario no está disponible, el inversor tendrá el derecho de someter la controversia a arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

(3) La sentencia arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la Parte Contratante en cuestión de sus obligaciones conforme al presente Acuerdo, si ese incumplimiento ha causado daños al nacional o a la Sociedad en cuestión y, si ese fuere el caso, el monto de la indemnización.

(4) Cada Parte Contratante de su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo.

40. Mis colegas consideran que las partes del TBI Barbados-Venezuela han dado su consentimiento incondicional a tres tipos de arbitraje: CIADI, Mecanismo Complementario y CNUDMI, bajo ciertas condiciones. Creen que esta es la manera de dar efecto al párrafo 4 del Artículo 8, que — según ellos — sería de otro modo reiterativo y no tendría significado específico alguno⁴⁴. Si otro TBI ofreciera una mejor condición para cualquiera de estos tres tipos de arbitraje, entonces este otro TBI podría ser invocado por un inversor barbadense. Puesto que, según su razonamiento, el TBI Ecuador-Venezuela instituye un arbitraje CNUDMI en el supuesto de que

⁴⁴ Laudo Interino, párr. 110.

ni el CIADI ni su Mecanismo Complementario estuvieren disponibles, entonces la Demandante puede invocar el arbitraje CNUDMI en este caso⁴⁵.

41. Este razonamiento es muy difícil de sostener. Los términos del Artículo 8 (4) ni siquiera dan lugar a ningún tipo de ambigüedad: “Cada Parte Contratante de [sic] su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo”. El Artículo 8 no brinda a los inversores de la otra parte *opciones* para recurrir al arbitraje internacional. El Artículo 8 no establece *condiciones meramente temporales* para poder recurrir a una u otra de las tres posibilidades mencionadas en los párrafos (1) y (2). El Artículo 8 contiene un consentimiento incondicional al arbitraje internacional únicamente bajo el alcance de dicho artículo y no más allá. En lugar de dar efecto al párrafo 4 del Artículo 8, la mayoría priva a la última parte del párrafo, que es de gran importancia (“de conformidad con lo estipulado en este artículo”), de cualquier efecto útil. De hecho, tal como se explicará *infra*, priva al Artículo 8 en su totalidad de su contenido y alcance real.
42. El Tribunal ha concluido de manera unánime que, en todas las etapas, *sólo un tipo de arbitraje ha estado disponible* para los inversores del otro país en el TBI Barbados/Venezuela: durante el “período pre-CIADI”, el arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI, y sólo si dicho mecanismo no se encontraba disponible, el arbitraje CNUDMI; y obviamente, únicamente se podía recurrir al CIADI, en el período en el que el CIADI estaba disponible. En el período post-CIADI (tras el retiro de Venezuela del Convenio CIADI), ninguno está disponible⁴⁶. La decisión de la mayoría pretende revivir un consentimiento al arbitraje CNUDMI que fue previsto al momento de la firma del TBI (cuando Venezuela no era parte del Convenio CIADI) pero que *nunca ha estado disponible* ya que el TBI entró en vigor el 31 de octubre de 1995, *cuando el Convenio CIADI entró en vigor para Venezuela* (el 1 de junio de 1995). El Artículo 3 (2) no puede surtir efectos con respecto al arbitraje CNUDMI y mejorar, supuestamente, las condiciones del TBI Barbados-Venezuela, simplemente porque la posibilidad de recurrir al arbitraje CNUDMI nunca ha existido bajo este TBI. Los inversores de Barbados (o de Venezuela en relación con Barbados) sólo han contado con el arbitraje CIADI tras la entrada en vigor del TBI, y nada más.

⁴⁵ Laudo Interino, párr. 127.

⁴⁶ Laudo Interino, párr. 89.

43. La interpretación de la mayoría también ignora la configuración del Artículo 8. Todos los elementos incluidos en los cuatro párrafos del Artículo 8 forman parte de la “oferta permanente” acordada por las Partes Contratantes. Todos ellos cumplen un rol claro y relevante en tal oferta y no pueden separarse: el Artículo 8 (1), en su primera parte, detalla los tipos de *controversias* que pueden someterse al arbitraje inversor-Estado y, en su segunda parte, prevé el arbitraje CIADI cuando las Partes Contratantes también sean Estados Contratantes del Convenio CIADI; el Artículo 8 (2) prevé el arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario durante el período en el que Venezuela aún no se había convertido en Estado Contratante del Convenio CIADI, y el arbitraje de conformidad con el Reglamento CNUDMI para este mismo período “[s]i por cualquier motivo el mecanismo Complementario no está disponible”; el Artículo 8 (3) establece los límites de la sentencia arbitral (es decir, la determinación de un incumplimiento del Acuerdo, la existencia de daños y el monto de la indemnización); y, por último, el Artículo 8 (4) establece el “consentimiento incondicional” de las Partes Contratantes al sometimiento de las controversias “de conformidad con lo estipulado en este artículo”.
44. La expresión “consentimiento incondicional” del Artículo 8 (4) se refiere al hecho de que el consentimiento a arbitraje incluido en el TBI no requiere ningún acuerdo especial adicional, en otras palabras, indica el consentimiento anticipado de las Partes Contratantes al arbitraje internacional⁴⁷. Esta expresión no puede interpretarse como la creación de una “oferta de arbitraje” “general”, como sugiere la mayoría. De ello se desprende que el Artículo 8 (4) no es una “oferta permanente” de arbitraje en sí misma, sino que, por el contrario, es parte de la oferta general de arbitraje incluida en el Artículo 8. El Artículo 8 (4), como uno de los elementos que componen la oferta de arbitraje, permanece vigente siempre que las condiciones necesarias para la existencia de un arbitraje internacional detalladas en los restantes párrafos también permanezcan vigentes.
45. Actualmente, no existe una oferta de arbitraje vigente, ya que la única que existió desde el momento en que el TBI entró en vigor, dejó de existir tras el retiro de Venezuela del Convenio CIADI. Debería aplicarse el principio destacado unánimemente por el Tribunal: “la cláusula NMF no puede perseguir el propósito de importar el consentimiento al arbitraje cuando éste no existe bajo el TBI entre Barbados y Venezuela ”⁴⁸. Este principio ha sido aplicado previamente

⁴⁷ Aron Broches, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 20 STUDY IN TRANSNATIONAL LEGAL POLICY 75-97 1985, pág. 83; *Churchill Mining PLC c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de febrero de 2014, párrs. 198-199 y 203.

⁴⁸ Laudo Interino, párr. 105.

por otros tribunales arbitrales⁴⁹. Debería aplicarse el mismo razonamiento en este caso, en el cual la oferta al único medio de arbitraje disponible (CIADI) ha desaparecido, y aquél pretendido por la Solicitante (arbitraje CNUDMI) *nunca* estuvo a su disposición.

46. En síntesis, no es exacto decir que el párrafo 4 se vería privado de todo efecto útil, si no se interpreta como una “oferta permanente” de cualquiera de las tres posibilidades consideradas en el Artículo 8. El valor agregado del párrafo 4 que se refiere al “consentimiento incondicional” consiste en indicar que no existen otras condiciones para el arbitraje internacional más allá de las establecidas en el Artículo 8. El párrafo 4 es claro: señala que la aceptación del arbitraje por las partes bajo las condiciones enumeradas en el Artículo 8 es incondicional. Nada más y nada menos.
47. Es cierto que, tras el retiro de Venezuela del Convenio CIADI, los inversores barbadenses (o los inversores venezolanos en Barbados) no tienen la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional. Esto es consecuencia de la posibilidad con la que cuentan las partes del Convenio CIADI de retirarse de él, un derecho innegable. También es cierto que el Artículo 8 del TBI aún permanece vigente. Según el entendimiento unánime de este Tribunal, las partes del TBI no contemplaron la situación del retiro de una de ellas, o ambas, del Convenio CIADI, que, sin embargo, era una situación posible. Bajo estas circunstancias, la “oferta permanente” del Artículo 8 volverá a ser operativa si Venezuela volviera a ser parte del Convenio CIADI, y si Barbados no se retira mientras tanto.
48. La interpretación correcta del texto del Artículo 8 (1) y (2) en su contexto, llevada a cabo en la Sección A de la Parte V de la decisión, luego se contradice en la Sección B. Constituye un grave error considerar que los tres procedimientos arbitrales mencionados en estos párrafos, están simplemente sujetos a “condiciones temporales”⁵⁰, como si todos ellos estuvieran disponibles. Una condición temporal existe, por ejemplo, cuando la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral está sujeta al transcurso de un período de tiempo determinado a partir de la finalización de otro mecanismo de solución de controversias (negociaciones, procesos judiciales locales, etc.). En el TBI Barbados-Venezuela, cada uno de los tres procedimientos arbitrales está sujeto a una condición resolutive (*condition subsequent*): el arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario, hasta la entrada en vigor del Convenio CIADI respecto de Venezuela; el

⁴⁹ *Hochtief c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párr. 79; *EURAM c. República Eslovaca*, nota al pie 6 *supra*, párr. 447.

⁵⁰ Laudo Interino, párrs. 113 y 115.

arbitraje en virtud del Reglamento de la CNUDMI, hasta que lo anterior ocurra, y sólo en el caso de que, por alguna razón, el Mecanismo Complementario no se encontrara disponible durante ese período; y el arbitraje CIADI, después de la entrada en vigor del Convenio CIADI y en la medida en que dicho Convenio continúe vigente entre las partes. El Laudo Interino no tiene en cuenta esta importante distinción entre una mera “condición temporal” y la determinación de la existencia de una situación particular, como la entrada en vigor de un convenio o la disponibilidad de un procedimiento de arbitraje determinado. Al hacerlo, el Laudo Interino supera cualquier otra decisión en la ampliación del alcance del consentimiento a través de una cláusula NMF.

49. El objeto y fin del TBI no permite que se realice una interpretación diferente de la expuesta en esta opinión. Como vimos *supra*, el TBI Barbados-Venezuela no incluye el establecimiento del arbitraje internacional para la solución de controversias inversor/Estado como un objeto y fin particulares del tratado. La promoción y protección de la inversión privada extranjera no exige necesariamente que el arbitraje internacional esté a disposición de los inversores como elemento inherente e indispensable de los TBI, tal como lo demuestran la práctica convencional internacional en general y los contratos celebrados entre inversores extranjeros y Estados. Muchos de ellos no establecen el arbitraje internacional y, sin embargo, celebran TBI o contratos que prevén otros mecanismos de solución de controversias, incluidos los foros nacionales. Por lo tanto, el objeto y fin del TBI no permite que se lleve a cabo una interpretación del Artículo 8 que establezca que los Estados parte consienten al arbitraje internacional con inversores en circunstancias distintas de las establecidas en el propio artículo.
50. Por las razones expuestas *supra*, la interpretación del Artículo 8 realizada por la mayoría en la Parte V.B del Laudo dista ampliamente del texto en su contexto y tampoco encuentra sustento en el objeto y fin del TBI. La elección de las partes del arbitraje CIADI como mecanismo preferido no presenta duda alguna. El arbitraje CNUDMI fue concebido como segunda opción durante el período previo a la entrada en vigor del Convenio CIADI entre las partes y sólo en el caso de que el Mecanismo Complementario no hubiera estado disponible, una doble condición que nunca existió desde la entrada en vigor del TBI, tal como se explicó *supra*.
51. Lo que la profesora Laurence Boisson de Chazournes declaró en el caso *Garanti Koza c. Turkmenistán* también es aplicable en este caso:

el llamado ‘derecho’ a un trato más favorable en virtud del Artículo 3(3) del TBI Reino Unido-Turkmenistán sólo puede ejercerse si el inversor extranjero y el Estado receptor se encuentran

sujetos a una relación de solución de controversia en virtud de una de las opciones de solución de controversias previstas en el Artículo 8(2) del TBI Reino Unido-Turkmenistán. En este sentido, la aplicación del Artículo 3(3) del TBI Reino Unido-Turkmenistán está *subordinada a, o condicionada por*, la aplicación previa del Artículo 8(2) del TBI Reino Unido-Turkmenistán”⁵¹. [Traducción libre]

52. La decisión del caso *Maffezini* también estableció claramente que “si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje”⁵². Este razonamiento debería aplicarse con mayor razón en la situación actual, pues no existe siquiera una oferta de arbitraje disponible, tras el retiro de Venezuela del CIADI.
53. En síntesis, la situación del Artículo 8 no permite que se establezca consentimiento al arbitraje CNUDMI sobre la base de la aplicación del Artículo 3 (2) a dicho artículo: no existe una relación procesal a la que pueda aplicarse el trato más favorable de otro TBI.

IV. CONCLUSIÓN

54. Resulta sumamente lamentable que la mayoría decidiera no adoptar lo que es una clara postura sostenida por distintos tribunales de arbitraje de inversión de no importar el consentimiento cuando no existe consentimiento alguno⁵³. La mayoría lo ha hecho a pesar de afirmar explícitamente lo contrario. Lo hizo a través de una asimilación complicada, extensa e incorrecta de un consentimiento provisional, limitado y nunca activo al arbitraje CNUDMI en el TBI Barbados-Venezuela a partir del consentimiento existente al arbitraje CNUDMI incluido en otros TBI que todavía están vigentes.

⁵¹ *Garanti Koza c. Turkmenistán*, nota al pie 10 *supra*, Declaración de Disidencia del Prof. Laurence Boisson de Chazournes, párrs. 40-41.

⁵² *Maffezini c. España*, nota al pie 5 *supra*, párr. 63.

⁵³ Véanse *Maffezini c. España*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 62-63; *Plama c. Bulgaria*, nota al pie 10 *supra*, párr. 207; *RosInvest. c. Rusia*, Arbitraje ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, Laudo sobre Jurisdicción del mes de octubre de 2007, párrs. 129-130; *National Grid c. Argentina*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 20 de junio de 2006, párr. 92; *Hochtief c. Argentina*, nota al pie 5 *supra*, párrs. 79-82; *Euram c. República Eslovaca*, nota al pie 6 *supra*, párr. 447.

55. Corresponde esperar que la determinación de la jurisdicción por parte de un tribunal *ad hoc* sea establecida de manera totalmente concluyente. En los términos de la CIJ, la existencia y el alcance de la jurisdicción deben ser *inequívocos*⁵⁴. Desafortunadamente, este no es el caso aquí.
56. Esta decisión de extender aún más la aplicación de una cláusula NMF a una situación en la que ningún mecanismo de arbitraje internacional está disponible en el TBI en cuestión es aún más lamentable, cuando la práctica demuestra el descontento de los Estados respecto de las interpretaciones amplias de estas cláusulas, a través de su aplicación a las disposiciones SCIE, por parte de algunos tribunales. Esta situación ha derivado en que surjan declaraciones interpretativas o en la inclusión de disposiciones interpretativas para evitar las tergiversaciones arbitrarias de las cláusulas NMF. Me limitaré a dar como ejemplo el reciente Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (AECG) de fecha 29 de febrero de 2016. El Artículo 8.7 contiene el siguiente párrafo 4:

Para brindar mayor certeza, el “trato” al que se refieren los párrafos 1 y 2 no incluye los procedimientos de resolución de diferencias relativas a inversiones entre inversores y Estados previstos en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales. Las obligaciones sustantivas presentes en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales no constituyen por sí solas “trato” y, por lo tanto, no pueden dar lugar a un incumplimiento de este Artículo ante la ausencia de las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte de conformidad con dichas obligaciones⁵⁵. [Traducción libre]

57. Tal como observara el Informe Final del Grupo de Estudio de la CDI, “[c]on la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en contraposición a su limitación a las obligaciones sustantivas, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y *quizás las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión*”⁵⁶.
58. La mayoría de este Tribunal decidió excederse aún más y revivir el consentimiento a un mecanismo de arbitraje que había desaparecido y que nunca ha sido aplicable. Tal como se explica en esta opinión, el Artículo 3 (2) no puede aplicarse al Artículo 8 a pesar de las

⁵⁴ *Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Djibouti c. Francia)*, Fallo de fecha 4 de junio de 2008, Listado General de la CIJ N.º 136, párr. 62.

⁵⁵ Disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (visitado por última vez el día 8 de julio de 2016).

⁵⁶ GRUPO DE ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA, INFORME FINAL, ANEXO AL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, nota al pie 14 *supra*, pág. , párr. 215 (énfasis agregado).

disposiciones del Artículo 3 (3). Incluso en el caso de que fuera aplicable, la consecuencia sería la obligación de Venezuela a dar su consentimiento. Este Tribunal no tiene la posibilidad de analizar si Venezuela cumplió con su obligación. Falta el consentimiento al arbitraje por parte de Venezuela. Además, el Mecanismo Complementario y el arbitraje CNUDMI nunca estuvieron a disposición de los inversores, ya que el Convenio CIADI entró en vigor entre las partes antes de la entrada en vigor del TBI. Para dichas partes, este preciso hecho torna imposible la aplicabilidad de la cláusula NMF.

59. La promoción de la aceptación, del recurso y de la confiabilidad en el arbitraje internacional en materia de inversiones no se consigue mediante su imposición ante la falta del requisito fundamental del consentimiento del Estado. Por el contrario, ello sólo serviría a socavar su credibilidad.



Profesor Marcelo G. Kohen