

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE BAJO EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO
DE CANADÁ Y LA REPÚBLICA DE VENEZUELA PARA LA PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN DE INVERSIONES, FIRMADO EL 1 DE JULIO DE 1996 (EL
“TRATADO” O EL “TBI CANADÁ-VENEZUELA”)**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI

- entre -

NOVA SCOTIA POWER INCORPORATED (CANADÁ)

(la “Demandante”)

- y -

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

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

Laudo sobre Jurisdicción

TRIBUNAL ARBITRAL

Profesor Juan Fernández-Armesto (Presidente)

D. John Beechey

Profesor Philippe Sands QC

Registro:

**Corte Permanente de Arbitraje
(Martín Doe)**

Asistente Administrativa:

Deva Villanúa Gómez

ÍNDICE

I. LAS PARTES	3
II. EL TRIBUNAL	4
III. ANTECEDENTES PROCESALES.....	5
IV. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA DISPUTA.....	9
V.1 EL TRATADO	10
V.2 EL REGLAMENTO DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO	10
V.3 EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE (MECANISMO COMPLEMENTARIO).....	12
VI. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES	14
VI.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XII(4) DEL TRATADO Y EL SIGNIFICADO DE “DISPONIBLE”	14
A. <i>La Demandada</i>	14
B. <i>La Demandante</i>	17
VI.2 DISPONIBILIDAD DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO	19
A. <i>La Demandada</i>	19
B. <i>La Demandante</i>	22
VII. TUTELA SOLICITADA POR LAS PARTES.....	29
VII.1 LA DEMANDADA.....	29
VII.2 LA DEMANDANTE	29
VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	30
VIII.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XII(4) DEL TRATADO	31
A. <i>La estructura del artículo XII(4)</i>	31
B. <i>El significado de “disponible”</i>	35
VIII.2 DISPONIBILIDAD DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO.....	37
A. <i>Hechos</i>	37
B. <i>¿Estaba al arbitraje CIADI “disponible” para la Demandante el 1 de octubre de 2008?</i>	38
(i) Tipos de solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario de CIADI	38
(ii) Requisitos para cada tipo de solicitud.....	39
(a) Aprobación por la Secretaria General	40
(b) Registro de la solicitud	42
(iii) Denegación de acceso al Mecanismo Complementario.....	44
(a) <i>¿Surge la disputa directamente de una inversión?</i>	45
VIII.3 ACTOS PROPIOS.....	48
VIII.4 CONCLUSIÓN	51
IX. DECISIONES.....	55

I. Las Partes

La Demandante

Nova Scotia Power Incorporated
1930 Barrington Street
Halifax, Nova Scotia
B3J 3E5
Canadá

Representada por:

D. C. Mark Baker
D. Kevin O’Gorman
D. Aníbal Sabater
Fulbright & Jaworski LLP
Fulbright Tower
1301 McKinney, Suite 5100
Houston, Texas
77010-3095
EE.UU.

Tel.: +1 713 651 7708
Fax: +1 713 651 5246
mbaker@fulbright.com
kogorman@fulbright.com
asabater@fulbright.com

La Demandada

República Bolivariana de Venezuela.

Representada por:

D. Ronald E. M. Goodman
Dña. Mélida Hodgson
Foley Hoag LLP
1875 K Street, N.W., Suite 800
Washington, D.C.
20006-1238
EE.UU.

Tel.: +1 202 223 1200
Fax: +1 202 467 9672
rgoodman@foleyhoag.com
mhodgson@foleyhoag.com

II. El Tribunal

Nombrado por la Demandante:

D. John Beechey
International Chamber of Commerce
International Court of Arbitration
38 Cours Albert 1er
75008 París
Francia

Nombrado por la Demandada:

Profesor Philippe Sands QC
Matrix Chambers
Griffin Building Gray's Inn, London WC1R 5LN
DX 400 Chancery Lane, London
Reino Unido

Nombrado por la autoridad nominadora:

Profesor Juan Fernández-Armesto
Armesto & Asociados
General Pardiñas 102
28006 Madrid
España

Autoridad Nominadora (según designación del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje):

D. Jernej Sekolec
Fuhrmannsgasse 14/18
A-1080 Viena
Austria

III. Antecedentes Procesales

1. El 1 de octubre de 2008 la Demandante presentó su Notificación de Arbitraje de conformidad con el Tratado, solicitando que “la disputa fuera resuelta bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI”¹ de conformidad con el Artículo XII(4) del Tratado.
2. Mediante su Notificación de Arbitraje la Demandante informó a la Demandada del nombramiento del Dr. Bernard Hanotiau como primer árbitro de este procedimiento. Los principales acontecimientos a partir de ese momento son los siguientes:
3. El 21 de octubre de 2008, la Demandada recusó el nombramiento del Dr. Hanotiau.
4. Mediante carta de fecha 29 de octubre de 2008 la Demandada notificó a la Demandante el nombramiento del Profesor Philippe Sands QC como segundo árbitro en este procedimiento.
5. Mediante carta de fecha 13 de noviembre de 2008 la Demandante recusó el nombramiento del Profesor Sands.
6. El 24 de noviembre de 2008 la Demandante solicitó que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”) designara una autoridad nominadora conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI para decidir las recusaciones cruzadas de los co-árbitros nombrados por la Demandante y la Demandada.
7. El 3 de diciembre de 2008, la Demandada objetó a la competencia del Secretario-General de la CPA para designar una autoridad nominadora y a la competencia de cualquier tribunal constituido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. La Demandada argumentó que un inversor únicamente puede someter una disputa a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, si ni CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles (Artículo XII(4) del Tratado).
8. El 11 de diciembre de 2008, la Demandante se opuso a las objeciones de la Demandada. La Demandante argumentó que “el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario no está disponible” y que “el Secretario General de CIADI ... no ha aprobado el Acuerdo Arbitral.”²
9. En el mismo día la Demandada respondió a la carta de la Demandante reiterando las objeciones manifestadas en su carta de 3 de diciembre de 2008.

¹ CEX-7, Notificación de Arbitraje, pág. 2 (traducción libre).

² REX-5, p. 2, Carta de D. C. Mark Baker.

10. El 12 de diciembre de 2008 la CPA designó al Magistrado Peter Tomka como autoridad nominadora, observando que el artículo 21(1) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI dispone que “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia.”
11. El 17 de febrero de 2009 el Magistrado Tomka renunció como autoridad nominadora en este asunto. El 26 de febrero de 2009, tras una solicitud de la Demandante para nombrar a una autoridad nominadora sustituta, el Secretario General de la CPA designó a D. Jernej Sekolec como autoridad nominadora en este asunto a todos los efectos que deriven del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.
12. Mediante carta de fecha 31 de marzo de 2009 la CPA informó a las Partes de las decisiones del Sr. Sekolec sobre las recusaciones del Dr. Hanotiau y del Profesor Sands. La recusación del Dr. Hanotiau se aceptó. La recusación del Profesor Sands se rechazó.
13. El 29 de abril de 2009 la Demandante notificó a la Demandada el nombramiento de D. John Beechey como primer árbitro, en sustitución del Dr. Hanotiau.
14. El 5 de junio de 2009 la Demandante informó al Sr. Sekolec de que los co-árbitros habían sido incapaces de nombrar a un árbitro presidente dentro del plazo establecido en el artículo 7(3) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y solicitó que éste procediera a nombrar al Árbitro Presidente.
15. El Sr. Sekolec procedió conforme al sistema de lista, de acuerdo con el artículo 6(3)(a) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y, tras el fracaso del sistema de lista, llevó a cabo un proceso adicional para nombrar al árbitro presidente. Tras el fracaso del procedimiento adicional, el Sr. Sekolec procedió a nombrar directamente al Profesor Juan Fernández-Armesto como Árbitro Presidente.
16. El 30 de septiembre de 2009, una vez constituido el Tribunal de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, se celebró una primera audiencia procesal con las Partes y el Tribunal en las dependencias de la CPA en La Haya. En la audiencia procesal, tras discutirlo con las Partes, el Tribunal decidió que se habría de realizar un procedimiento preliminar sobre la interpretación y aplicación del artículo XII(4) del Tratado y sus consecuencias (la “Cuestión Preliminar”), y acordó con las Partes un calendario para la presentación de escritos sobre la Cuestión Preliminar.

17. Tras discutirlo con las Partes durante la audiencia procesal, el 8 de octubre de 2009, el Tribunal decidió fijar La Haya como lugar del arbitraje.³
18. Habiendo concedido una oportunidad a las Partes de presentar sus comentarios a un borrador previo y teniendo en consideración estos comentarios, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 1 el 26 de octubre de 2009, que recogía las reglas procesales que gobernarán este procedimiento y el calendario para la presentación de escritos acordado con las Partes que se seguirá en relación a la Cuestión Preliminar. Además, el Tribunal observó que se reservaría el 1 de febrero de 2010 para una conferencia telefónica con las Partes si una de las Partes así lo solicitaba antes del 18 de enero de 2010.
19. El 29 de octubre de 2009 la Demandada presentó un escrito planteando sus argumentos sobre la Cuestión Preliminar (“Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar”) junto con sus documentos probatorios y un dictamen legal del Prof. Dr. August Reinisch (“Dictamen Legal Reinisch”).
20. El 17 de noviembre de 2009, tras haber concedido a las Partes la oportunidad de presentar sus comentarios a un borrador y habiendo tenido en cuenta estos comentarios, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 2 que incluía las normas de confidencialidad que gobernarán este arbitraje.
21. El 3 de diciembre de 2009 la Demandante presentó un escrito planteando sus argumentos sobre la Cuestión Preliminar (“Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar”) junto con sus documentos probatorios y un dictamen legal del Prof. Dr. Rudolf Dolzer (“Dictamen Legal Dolzer”).
22. El 10 de diciembre de 2009, en contestación a una solicitud de la Demandada, el Tribunal concedió a la Demandada una extensión de cinco días para la presentación de su escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar.⁴ El 15 de diciembre de 2009, a petición de la Demandante, se le concedió la misma extensión para la presentación de su escrito de dúplica sobre la Cuestión Preliminar.⁵
23. El 22 de diciembre de 2009 la Demandada presentó un escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar (“Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar”), contestando a los argumentos desarrollados en el Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, y aportando un segundo dictamen legal

³ A-1, carta de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.

⁴ A-10, carta de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.

⁵ A-10 y A-11, cartas de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.

del Prof. Dr. August Reinisch (“Segundo Dictamen Legal Reinisch”), así como un dictamen legal adicional de D. Barton Legum (“Dictamen Legal Legum”) junto con documentos probatorios.

24. El 18 de enero de 2010 la Demandante presentó un escrito de dúplica sobre la Cuestión Preliminar (“Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar”), contestando a los argumentos desarrollados en el Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, y aportando un segundo dictamen legal del Prof. Dr. Rudolf Dolzer (“Segundo Dictamen Legal Dolzer”), así como un dictamen legal adicional de Dña. Ana Palacio (“Dictamen Legal Palacio”) junto con documentos probatorios.
25. El 18 de enero de 2010 la Demandante informó al Tribunal de que ésta “considera que los extensos escritos de las partes, y las pruebas que los acompañan, contienen ya todos los elementos necesarios para una decisión sobre la Cuestión Preliminar, sin la necesidad de celebrar una audiencia por teléfono o en persona.”⁶
26. El 19 de enero de 2010 la Demandada comunicó al Tribunal que “[v]ista la estricta naturaleza legal de la Cuestión Preliminar y las presentaciones de las Partes [...] Venezuela no cree necesario llevar a cabo la audiencia. [...] No obstante,] Venezuela considera que una conferencia telefónica podría ser muy útil.”⁷
27. El 15 de febrero de 2010 el Tribunal informó a las Partes de que “[t]ras haber considerado los escritos de las Partes que trataban la Cuestión Preliminar, y teniendo en cuenta los comentarios de las Partes ... el Tribunal no ve necesidad de celebrar ni una conferencia telefónica ni una audiencia con las Partes sobre la Cuestión Preliminar.”
28. Por consiguiente, el Tribunal procedió a decidir sobre la Cuestión Preliminar con base en las alegaciones escritas presentadas por las Partes.

⁶ C-10, carta de la Demandante al Tribunal.

⁷ R-13, carta de la Demandada al Tribunal.

IV. Consideraciones iniciales sobre la disputa

29. La Demandante presenta una reclamación bajo el Tratado y describe su reclamación del siguiente modo:

The dispute is in connection with certain measures by Venezuela (including its integral parts, instrumentalities, agencies, and continent subdivisions) (“Venezuela’s Measures”) which are in breach of the Treaty and comprise, but are not limited to, the following:

- (i) Venezuela’s decision to unilaterally and unlawfully suspend and/or cancel, as of December 27, 2007, coal supplies owed to Nova Scotia Power under a Coal Supply Agreement of October 18th, 2005 (along with confirmation letters, transactions, and related documents, the “CSA”), entered into by Nova Scotia Power and Guasare Coal International N.V. (“Guasare”), an enterprise controlled by Venezuela [...]; and
 - (ii) Venezuela’s unlawful attempts to impose a mandatory renegotiation of the CSA.⁸
30. En la Orden Procesal N° 1 el Tribunal decidió que habría un procedimiento preliminar en relación con la interpretación y aplicación del artículo XII(4) del Tratado y sus consecuencias.

⁸ CEX-7, Notificación de Arbitraje, pág. 2 [original en inglés].

V. Disposiciones legales relevantes

V.1 El Tratado

31. El artículo XII(4) del Tratado prevé lo siguiente:

La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:

- (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contrante del inversor sean partes del CIADI; o
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

V.2 El Reglamento del Mecanismo Complementario

32. Los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario disponen lo siguiente:

Artículo 2 Mecanismo Complementario

Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

- (a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;
- (b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y
- (c) procedimientos de comprobación de hechos.

La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante el Mecanismo Complementario.

[...]

Artículo 4

Acceso al Mecanismo Complementario con respecto a los procedimientos de conciliación y arbitraje sujetos a la aprobación del Secretario General

(1) Cualquier acuerdo en el que se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario con respecto a diferencias existentes o futuras requiere la aprobación del Secretario General. Las partes pueden solicitar dicha aprobación en cualquier momento antes de la iniciación del procedimiento, presentando al Secretariado una copia del acuerdo celebrado o que ellas se propongan celebrar, junto con los demás documentos pertinentes y cualquier información adicional que el Secretariado razonablemente pueda solicitar.

(2) En el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(a), el Secretario General dará su aprobación solamente (a) si a su juicio se han cumplido los requisitos de esa disposición y (b) si ambas partes aceptan la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieren cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* de dicho Artículo.

(3) En el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(b), el Secretario General dará aprobación solamente si a su juicio (a) se han cumplido los requisitos de esa disposición y (b) la transacción de que se trata tiene características que la distinguen de una transacción comercial ordinaria.

(4) Si en el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(b) se han cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* del Artículo 25 del Convenio y a juicio del Secretario General es probable que la Comisión de Conciliación o el Tribunal de Arbitraje, según sea el caso, sostengan que la diferencia surge directamente de una inversión, el Secretario General puede condicionar su aprobación de la solicitud a que ambas partes convengan en someter cualquier diferencia en primera instancia a la jurisdicción del Centro.

(5) Tan pronto como sea posible, el Secretario General notificará a las partes su aprobación o desaprobación del acuerdo de las partes. El Secretario General puede mantener conversaciones con las partes o invitarlas a una reunión con los funcionarios del Secretariado, ya sea a solicitud de ellas o por su propia iniciativa. El Secretario General, a solicitud de las partes o de cualquiera de ellas, mantendrá con carácter confidencial cualquiera o toda la información que le haya sido proporcionada por dicha parte o partes en relación con las disposiciones de este Artículo.

(6) El Secretario General inscribirá su aprobación de un acuerdo en virtud de este Artículo, junto con los nombres y direcciones de las partes, en un registro que con tal objeto se mantendrá en el Secretariado.

V.3 El Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)

33. Las disposiciones relevantes del Anexo C del Reglamento del Mecanismo Complementario (el “Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)”) son las siguientes:

Artículo 2 Solicitud

(1) Cualquier Estado o nacional de un Estado que desee incoar un procedimiento de arbitraje enviará a tal efecto una solicitud escrita al Secretariado, a la sede del Centro. La solicitud será redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y será firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado.

(2) La solicitud podrá ser presentada conjuntamente por las partes en la diferencia.

Artículo 3 Contenido de la solicitud

- (1) La solicitud deberá:
- (a) indicar de manera precisa la identidad de cada parte en la diferencia y su respectiva dirección;
 - (b) especificar las disposiciones pertinentes que compongan el acuerdo de las partes para someter la diferencia a arbitraje;
 - (c) indicar la fecha de la aprobación otorgada por el Secretario General, de conformidad con el Artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario, al acuerdo de las partes en que se estipule el acceso al Mecanismo Complementario;
 - (d) contener información relativa a las cuestiones controvertidas y una indicación de la cantidad de que se trate, si la hubiere; e
 - (e) indicar, si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud.
- (2) La solicitud podrá contener además cualesquiera estipulaciones acordadas por las partes con respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento, así como cualesquiera otras estipulaciones relativas al arreglo de la diferencia.
- (3) Se adjuntarán a la solicitud cinco copias adicionales firmadas y el derecho prescrito de conformidad con la regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro.

Artículo 4 Registro de la solicitud

Tan pronto como el Secretario General determine que a su juicio la solicitud se ajusta en su fondo y forma a las disposiciones del

Artículo 3 de este Reglamento, inscribirá dicha solicitud en el Registro de Arbitraje (Mecanismo Complementario) y enviará a las partes el mismo día una notificación del acto de registro. El Secretario General enviará también una copia de la solicitud y de la documentación anexa (si la hubiere) a la otra parte en la diferencia.

VI. Resumen de las posiciones de las Partes

34. La Cuestión Preliminar ha sido extensamente desarrollada por las Partes. La Demandada presentó su Escrito sobre la Cuestión Preliminar, fechado 29 de octubre de 2009, al que respondió la Demandante mediante su Escrito sobre la Cuestión Preliminar fechado 3 de diciembre de 2009. La Demandada presentó su Escrito de Réplica sobre la Cuestión Preliminar, fechado 22 de diciembre de 2009, al que respondió la Demandante mediante su Escrito de Dúplica sobre la Cuestión Preliminar fechado 18 de enero de 2010. Como adjuntos a estos escritos se aportaron un número significativo de documentos, incluyendo varios informes periciales a través de dictámenes legales y declaraciones. Lo que sigue es un resumen de las posiciones de las Partes sin perjuicio de los argumentos completos de las Partes tal y como han sido presentados en sus escritos, incluyendo los documentos probatorios y los informes periciales que el Tribunal ha tomado en consideración al tomar sus decisiones.

VI.1 Interpretación del artículo XII(4) del Tratado y el significado de “disponible”

A. La Demandada

35. La Demandada argumenta que, de conformidad con el lenguaje llano del Tratado, un inversor puede someter una controversia a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI sólo si el arbitraje bajo CIADI o el Mecanismo Complementario no están “disponibles”. La Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch⁹, para argumentar que la interpretación del Tratado está gobernada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “Convención de Viena”) y, en particular, por su artículo 31(1). La Demandada alega que los medios complementarios de interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena sólo están disponibles si el sentido corriente resultara ambiguo.
36. La Demandada alega que “[n]o puede haber otra conclusión al leer el Artículo XII(4) del Tratado, más que entender que su significado natural y corriente establece una jerarquía para la sumisión de controversias – primero al CIADI, si las condiciones indicadas en el subpárrafo (a) se cumplen, luego al Mecanismo Complementario si las condiciones en el subpárrafo (b) se cumplen. Sólo después – ‘en caso de que ni uno ni otro’ de esos dos procedimientos estén ‘disponibles,’ puede el inversionista iniciar un arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI.”¹⁰ La

⁹ Dictamen Legal Reinisch, ¶2.

¹⁰ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶14.

Demandada afirma que el sentido corriente de las versiones española y francesa confirman la versión en lengua inglesa así como su interpretación.¹¹

37. La Demandada argumenta, además, que las cláusulas de arbitraje en otros tratados bilaterales de inversión (“TBIs”) firmados por Canadá y Venezuela, respaldan el argumento de la Demandada de que el Tratado establece un esquema jerárquico de foros arbitrales. La gran mayoría de los actuales TBIs de la Demandada establecen que el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI sólo está disponible si ni CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles, mientras que sólo cuatro TBIs (dos de los cuales todavía no están en vigor) permiten al inversor elegir el foro arbitral internacional sin ninguna jerarquía.¹²
38. La gran mayoría de los TBIs firmados por Canadá concede al inversor la opción de elegir someter la controversia tanto ante CIADI, como ante el Mecanismo Complementario o ante un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.¹³ El hecho de que no se incluyera en el Tratado una disposición semejante “demuestra que Venezuela y Canadá específicamente negociaron una cláusula que adoptaba la formulación típica de Venezuela a diferencia de las formulaciones de Canadá.”¹⁴
39. La Demandada alega que la Demandante ha reconocido que una lectura de buena fe del artículo XII(4) del Tratado requiere que el inversor presente, al menos en primera instancia, el arbitraje ante el Mecanismo Complementario.¹⁵ No obstante, la Demandada considera que la Demandante se basa en “definiciones imaginativas de ‘disponible’ y en explicaciones novedosas del funcionamiento del Mecanismo Complementario” para argumentar que el Mecanismo Complementario no estaba “disponible.”¹⁶
40. La Demandada afirma que la definición de la Demandante de “disponible” en el artículo XII(4) del Tratado (*i.e.*, “listo para su uso inmediato,” y “con una perspectiva sólida de éxito”) es estrecha y sin fundamento. Según la Demandada el sentido corriente de “disponible” es “accesible,” “obtenible,” “alcanzable,” “asequible,” “capaz de producir el resultado deseado,” o “dentro de su alcance.” La

¹¹ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶15; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶17-18.

¹² REX-11, Tabla de Tratados Bilaterales de Inversión de Venezuela.

¹³ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶24-25 y pie de página 33.

¹⁴ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶26.

¹⁵ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶9-10.

¹⁶ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶10.

Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch y a la definición que se encuentra en el *Shorter Oxford Dictionary*,¹⁷ y hace notar que las definiciones de diccionario citadas por la Demandante apoyan el análisis de la Demandada.¹⁸ La Demandada alega que el uso por la Demandante de una definición de “disponible” como “presente o listo para su uso inmediato” es inapropiada porque, tal y como explica el propio diccionario, la idea de que “disponible” significa “listo para el uso inmediato” se refiere a recursos, no a mecanismos de resolución de controversias.¹⁹

41. La Demandada afirma que, de aceptar la definición de la Demandante de “disponible”, se produciría un resultado absurdo. Si se aceptara la opinión de la Demandante de que el Mecanismo Complementario no está “listo para su uso inmediato” porque se deben cumplir ciertos requisitos procesales, entonces ningún foro arbitral estaría disponible porque las partes siempre deben llevar a cabo algunos trámites procesales en aras de iniciar un procedimiento.²⁰ La Demandada afirma que ninguno de los tratados en los que se apoya la Demandante definen ni explican el término “disponible” y eso que vienen de contextos diferentes.²¹ La Demandada alega que la Demandante distorsiona un pasaje sobre recursos internos del tratado del Sr. Paulsson sobre denegación de justicia que versa sobre si los mecanismos de resolución de controversias deben considerarse disponibles cuando es improbable que prosperen.²² Según la Demandada, este tratado, de hecho, respalda la idea de que los inversores deben llevar a cabo esfuerzos razonables antes de concluir que los recursos internos no están disponibles.²³
42. La Demandada observa que la Demandante alega, en el contexto de la disponibilidad de CIADI, que no está “disponible” porque no se cumplen los requisitos *ratione personae* del artículo 25(1) de la Convención de CIADI. Según la Demandada, la Demandante “no menciona, sin embargo, que estos requisitos *ratione personae* son los mismos requisitos mencionados expresamente en el artículo XII(4) del Tratado para determinar la ‘disponibilidad’ del CIADI y del

¹⁷ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶11; REX-9, *Shorter Oxford English Dictionary*.

¹⁸ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶12.

¹⁹ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶13-14.

²⁰ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶15.

²¹ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶20-27, 30-31.

²² CEXL-12, Jan Paulsson, *Denial of justice in international Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pág. 130.

²³ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶28.

Mecanismo Complementario.”²⁴ Por lo tanto, se debe dar el mismo sentido a “disponible” en el contexto del Mecanismo Complementario.

43. Finalmente, la Demandada rechaza el argumento de la Demandante de que el objeto y fin del Tratado requieren, por defecto, una interpretación del artículo XII(4) a favor de un inversor. A este respecto la Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch.²⁵

B. La Demandante

44. La Demandante alega que el artículo XII(4) del Tratado contiene la oferta firme de la Demandada de resolver las controversias relacionadas con el Tratado bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, siempre y cuando CIADI y el Mecanismo Complementario no estén disponibles.
45. Según la Demandante, el Tratado no exige que la Demandante haga que el Mecanismo Complementario esté disponible, ni tampoco contempla el Reglamento del Mecanismo Complementario la posibilidad de que la Demandante haga que el Mecanismo Complementario esté disponible sin la colaboración activa de la Demandada, lo que no ha ocurrido.²⁶ La Demandante alega que la Demandada no contestó de manera oficial a la Notificación de Controversia²⁷ que planteaba la posibilidad de llevar este caso al Mecanismo Complementario o a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.²⁸
46. La Demandante afirma que la falta de colaboración de la Demandada no se debía a la falta de conocimiento o entendimiento del Tratado ya que (1) la Demandada ya ha participado en otros casos ante el Mecanismo Complementario bajo el Tratado; (2) la Demandada, como miembro de CIADI, ha redactado y promulgado el Reglamento del Mecanismo Complementario; y (3) la Demandada fue uno de los autores, junto con Canadá, de los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Tratado.²⁹
47. La Demandante también subraya el hecho de que el idioma utilizado en el artículo XII(4) del Tratado es “podrá” – por lo tanto opcional – mientras que en

²⁴ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶32.

²⁵ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶87-93; Segundo Dictamen Legal Reinisch, ¶¶48, 59-65.

²⁶ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶7.

²⁷ CEX-6, Notificación de Controversia.

²⁸ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶7.

²⁹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶8.

otros tratados la palabra utilizada es “será sometida”³⁰ – por lo tanto obligatorio.³¹ La Demandante también alega que estas diferencias demuestran que no existe una “formulación típica” entre los tratados de la Demandada. La Demandante afirma que “[l]as Partes Contratantes en el BIT Canadá-Venezuela apreciaron claramente la distinción entre el lenguaje imperativo y el lenguaje permisivo.”³²

48. En relación con el sentido de “disponible” en el artículo XII(4) del Tratado, la Demandante alega que Canadá y Venezuela han consentido incondicionalmente a que las disputas relacionadas con el Tratado se sometan a arbitraje. En cuanto al foro, la Demandante afirma que un inversor tiene derecho a iniciar el procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si CIADI y el Mecanismo Complementario no están disponibles. Dado que el Tratado no define el sentido de “disponible”, la interpretación debe seguir el enfoque dispuesto en la Convención de Viena.³³ La Demandante se apoya en una opinión del Profesor Rudolf Dolzer que argumenta que el sentido corriente debe ser el criterio dominante y que debe aplicarse con preferencia sobre cualquier otro criterio.³⁴ La Demandante cuestiona la afirmación de que la Convención de Viena requiera referirse al lenguaje de otros tratados como un método relevante de interpretación.³⁵
49. Según la Demandante, el sentido corriente de “disponible” es que algo está “presente o listo para su uso inmediato”³⁶ o “algo con una perspectiva sólida de éxito.”³⁷ La Demandante cita varios tratados que, supuestamente, utilizan “disponible” en ese sentido, p. ej., “esfuerzos razonables para agotar los recursos disponibles para ejecutar el laudo,”³⁸ y se refiere a doctrina que está de acuerdo en que “cuando el término es usado en este contexto, los mecanismos de solución de controversias que tienen pocas probabilidades de éxito deben ser considerados como

³⁰ CEXL-17, Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; CEXL-18, Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República de Venezuela.

³¹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶59-60.

³² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶61-62.

³³ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶16.

³⁴ CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, ¶20.

³⁵ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶19.

³⁶ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶21; CEX-8, *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11 ed.

³⁷ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶22-25.

³⁸ CEXL-11, Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, Contrato Modelo de Garantía de Inversiones de Renta Variable.

no disponibles.”³⁹ La Demandante también se apoya en el Dictamen Legal Dolzer que entiende que un mecanismo de resolución de controversias como el arbitraje ante el Mecanismo Complementario no puede considerarse “disponible” cuando existe una “duda razonable” sobre si se permitirá a las partes utilizarlo.⁴⁰

50. La Demandante concluye que, de acuerdo con el sentido corriente del término “disponible”, CIADI y el Mecanismo Complementario sólo pueden considerarse “disponibles” cuando están “inmediatamente listos para ser usados” o cuando hay “una perspectiva razonable de que se otorgará el acceso a los mismos.”⁴¹ La Demandante alega que los otros criterios dispuestos en el artículo 31(1) de la Convención de Viena, *i.e.*, el objeto y fin del Tratado y la buena fe, amparan una interpretación amplia de los términos del Tratado y una preferencia por una mayor protección del inversor. Por consiguiente, cualquier ambigüedad sobre la interpretación del Tratado debería resolverse a favor del inversor.⁴²

VI.2 Disponibilidad del Mecanismo Complementario

A. La Demandada

51. La Demandada alega que, al contrario que CIADI, el Mecanismo Complementario está disponible y, consecuentemente, la Demandante está obligada a someter la controversia bajo ese Reglamento. La Demandada es miembro de CIADI y los requisitos *ratione personae* se cumplen. Por consiguiente, el Mecanismo Complementario está disponible conforme al artículo XII(4)(b) del Tratado.
52. La Demandada reconoce que el acceso al Mecanismo Complementario está sujeto a la aprobación de la Secretaria General como exige el artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario. A pesar de que la aprobación no es automática, la Demandada alega que se puede obtener con facilidad, sujeta únicamente a la solicitud de aprobación por parte de la Demandante y al cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario.⁴³ Para respaldar esta opinión, la Demandada se refiere al Sr. Barton Legum (Dictamen Legal Legum).⁴⁴

³⁹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶24.

⁴⁰ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶24; CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, ¶32.

⁴¹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶26.

⁴² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶89-95.

⁴³ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶33-38.

⁴⁴ Dictamen Legal Legum, ¶¶26-29.

53. En contra de la posición de la Demandante, la Demandada afirma que la aprobación de una solicitud para acceder al Mecanismo Complementario puede ser solicitada antes, o junto con, la Solicitud de Arbitraje, y que en la práctica la solicitud de aprobación se presenta casi siempre junto con la Solicitud de Arbitraje.⁴⁵ La Demandada alega que el Reglamento del Mecanismo Complementario no exige que las partes soliciten la aprobación conjuntamente. Esto se refleja en una carta de la actual Secretaria General de CIADI que se refiere a la posibilidad de que sólo una de las partes solicite la aprobación.⁴⁶ La Demandada, además, se refiere a los artículos 2(1) y (2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que indican que la solicitud se puede presentar por “cualquier Estado o nacional” y que la solicitud “podrá ser presentada conjuntamente por las partes en la diferencia.” El Dictamen Legal Legum afirma que “[j]amás se realizó una solicitud conjunta en las causas en que participé como abogado representante en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI.”⁴⁷
54. La Demandada rechaza el argumento de la Demandante de que hay dos tipos de solicitudes de aprobación. Según la Demandada, el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario prevé dos categorías de procedimientos. Sin embargo, en ninguna parte del Reglamento del Mecanismo Complementario ni en la página web de CIADI aparece una referencia a la existencia de dos tipos de solicitudes, ni tampoco existe un requisito de que el demandado esté de acuerdo con cómo caracteriza su solicitud el demandante. La Demandada afirma que el único acuerdo necesario, es un acuerdo para arbitrar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, que se da en este caso dado que la Demandante ha aceptado la oferta de la Demandada conforme al Tratado.⁴⁸
55. La Demandada afirma que el mero requisito de solicitar la aprobación de la Secretaria General no conlleva que el Mecanismo Complementario no esté disponible. Cualquier otra interpretación comportaría que la disposición del artículo XII(4)(b) del Tratado fuese irrelevante. De aceptarse el argumento de la Demandante “el Mecanismo Complementario nunca estaría disponible.”⁴⁹

⁴⁵ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶39-41; Dictamen Legal Legum, ¶¶20-22.

⁴⁶ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶42-43; REX-19, Carta de la Secretaria General Meg Kinnear.

⁴⁷ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶44-46; Dictamen Legal Legum, ¶¶24-25.

⁴⁸ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶47-52.

⁴⁹ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶31.

56. Es más, hay controversias bajo el Tratado que ya han sido presentadas a arbitraje y aprobadas por la Secretaria General bajo el Mecanismo Complementario, incluyendo una el 28 de octubre de 2004. Por lo tanto, “el hecho de que la misma disposición de este mismo Tratado se haya aprobado ya en otra controversia entre un inversionista canadiense y Venezuela es un fuerte respaldo para la probable disponibilidad del Mecanismo Complementario para esta controversia.”⁵⁰ Consecuentemente, no tener una previa aprobación de la Secretaria General, no indica que el Mecanismo Complementario no estuviera disponible, dado que la Demandante nunca presentó una solicitud de aprobación. El Reglamento del Mecanismo Complementario y la página web de CIADI proporcionan instrucciones detalladas sobre cómo solicitar la aprobación de la Secretaria General, así como los criterios específicos que deben tomarse en consideración. La afirmación de la Demandante de que el Mecanismo Complementario es el “‘agujero negro’ del CIADI, el cual no se le describe al inversionista en los documentos públicos disponibles”⁵¹ es incorrecta. La Demandada observa que “el Secretario General ha aprobado 26 solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario que ha recibido desde el inicio del foro.”⁵²
57. La Demandada alega que el Mecanismo Complementario estaba “listo para su uso inmediato.” Según la Demandada, una solicitud de aprobación no exigía la colaboración de la Demandada, y era la Demandante quien debía solicitar la aprobación a la Secretaria General de CIADI. La Demandada afirma que no tenía obligación de contestar a la Notificación de Controversia de la Demandante y ésta podría haber solicitado la aprobación sin el apoyo de la Demandada.⁵³ La Demandada concluye que el Mecanismo Complementario estaba disponible inmediatamente; la Demandante sólo tenía que presentar junto con su Solicitud de Arbitraje, una copia del Tratado y una solicitud de acceso al Mecanismo Complementario.⁵⁴ Una solicitud para el uso del Mecanismo Complementario tenía una “altísima probabilidad de éxito”, ya que el día que la Demandante presentó su solicitud de arbitraje CNUDMI, el Mecanismo Complementario estaba disponible *ratione personae*.⁵⁵

⁵⁰ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶32.

⁵¹ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶35.

⁵² R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶40.

⁵³ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶53-58.

⁵⁴ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶60-65.

⁵⁵ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶67.

58. Las Partes no tenían que presentar una solicitud conjunta ni tenían que estar de acuerdo sobre en qué categoría de las disputas descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario entraría el procedimiento. La Demandada hace referencia al caso *Vannessa Ventures*,⁵⁶ que surge del mismo Tratado y fue presentado ante el Mecanismo Complementario, y en el que la Demandada ha cuestionado la afirmación de Vannessa Ventures Ltd. de que su disputa surja de una inversión.⁵⁷
59. Según la Demandada en el caso *Vannessa Ventures*, la demandante solicitó la aprobación de acceder al arbitraje contra Venezuela bajo el Mecanismo Complementario de acuerdo con lo previsto en el Tratado, junto con su Solicitud de Arbitraje. Tras una solicitud de la Secretaria General dirigida a Vannessa Ventures Ltd. para que aportara información adicional, y una carta de la Procuradora General de Venezuela alegando que la demandante no había cumplido los requisitos (a la que respondió y se opuso Vannessa Ventures Ltd.), la Secretaria General de CIADI aprobó la solicitud de acceso al Mecanismo Complementario de Vannessa Ventures Ltd.⁵⁸ La Demandada también menciona un segundo caso bajo el Tratado que ha obtenido la aprobación para acceder al Mecanismo Complementario.⁵⁹
60. Finalmente, la enmienda del artículo 4(6) del Reglamento del Mecanismo Complementario no provoca incertidumbre sobre la posibilidad de éxito de una solicitud de la Demandante para acceder al Mecanismo Complementario.⁶⁰

B. La Demandante

61. La Demandante afirma que es un hecho no controvertido que CIADI no está disponible para resolver esta controversia.⁶¹ La Demandante está de acuerdo con que el Reglamento del Mecanismo Complementario dispone los requisitos que guían la determinación sobre cuándo está disponible el Mecanismo Complementario.⁶² La Demandante rechaza la opinión de que las instrucciones que

⁵⁶ *Vannessa Ventures Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)04/6, (“*Vannessa Ventures*”).

⁵⁷ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶68-71.

⁵⁸ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶72-77.

⁵⁹ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶78; REX 25, *Gold Reserve INC, v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

⁶⁰ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶79-84.

⁶¹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶28.

⁶² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶6.

aparecen en la página web de CIADI tengan relevancia alguna para esta determinación.⁶³

62. La Demandante afirma que la Demandada reconoce que cualquier acuerdo para utilizar el Mecanismo Complementario exige la aprobación de la Secretaria General de CIADI y que la Secretaria General de CIADI nunca ha aprobado un acuerdo para utilizar el Mecanismo Complementario en relación con esta disputa.⁶⁴ La Demandante rechaza la opinión de que la disponibilidad del Mecanismo Complementario dependa solamente de ser miembro de CIADI.⁶⁵
63. La Demandante critica a la Demandada por haber analizado únicamente cómo la Secretaria General otorga la aprobación en la práctica, absteniéndose de analizar el fondo de los artículos relevantes del Reglamento del Mecanismo Complementario. La Demandante observa que el Tratado y el Reglamento del Mecanismo Complementario deben interpretarse como están escritos, y que las supuestas prácticas invocadas por la Demandante no pueden constituir un acuerdo posterior o práctica en relación con el Tratado y el Reglamento del Mecanismo Complementario en el sentido del artículo 31(3) de la Convención de Viena. No son relevantes para la interpretación de estos textos y deben ser ignoradas.⁶⁶
64. La Demandante considera que las supuestas prácticas deben ser ignoradas porque (1) las prácticas administrativas son irrelevantes y el Tribunal debe mantenerse fiel al texto escrito del Tratado y del Reglamento de Mecanismo Complementario,⁶⁷ (2) la Demandada no ha sido capaz de probar las prácticas en las que se apoya,⁶⁸ (3) incluso si fuesen relevantes y se probaran, no existía prueba de estas prácticas disponible para el público cuando la Demandante inició el procedimiento,⁶⁹ y (4) las supuestas prácticas podrían haber cambiado sin previo aviso. La Demandante afirma que la declaración de la actual Secretaria General de CIADI, Dña. Meg Kinnear,⁷⁰ no respalda la posición de la Demandada ya que ni siquiera se refiere al proceso de aprobación para el uso del Mecanismo Complementario, sino más bien al proceso

⁶³ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶33.

⁶⁴ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶6.

⁶⁵ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶56-64.

⁶⁶ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶32; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶36-50.

⁶⁷ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶101-104.

⁶⁸ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶105-108.

⁶⁹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶34; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶109.

⁷⁰ REX-19, Carta de la Secretaria General Meg Kinnear.

de registro de una solicitud de arbitraje que, bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario y el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), respectivamente, están sujetas a distintos requisitos.⁷¹ La Demandante también rechaza el argumento de la Demandada basado en el hecho de que una disputa que nace del mismo Tratado (i.e., el caso *Vannessa Ventures*) ha sido aprobada por la Secretaria General. La Demandante observa que la aprobación de la Secretaria General se otorga caso por caso y sólo si se cumplen los requisitos del Reglamento del Mecanismo Complementario. Es más, la aprobación en un caso previo bajo el mismo tratado no es vinculante.⁷²

65. La Demandante alega que, de conformidad con los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario, que determinan qué casos pueden acceder al Mecanismo Complementario, el Mecanismo Complementario no estaba disponible para la presente disputa. La Demandante se refiere al Dictamen Legal Dolzer para respaldar esta opinión.⁷³ La Demandante observa que bajo el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, cualquier acuerdo para arbitrar bajo el Mecanismo Complementario requiere la aprobación de la Secretaria General de CIADI. Contrariamente a la opinión de la Demandada, la Demandante alega que el otorgamiento de dicha aprobación no es automática ni un asunto aparentemente fácil. Según el Reglamento del Mecanismo Complementario, la aprobación sólo se otorga si la Secretaria General comprueba que todos los requisitos se han cumplido.⁷⁴ Es más, el Reglamento del Mecanismo Complementario sólo contempla solicitudes de aprobación que se presenten con anterioridad a la iniciación del procedimiento; no es posible someter una solicitud junto con la notificación de arbitraje.⁷⁵
66. La Demandante alega que, de conformidad con el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la aprobación se debe solicitar por “las partes”, y que una solicitud unilateral no está permitida. Lo que se requiere es que ambas partes soliciten la aprobación del acuerdo. La Demandada, por lo tanto, debe ser uno de los solicitantes.⁷⁶ La Demandante alega que, de cara a obtener la aprobación del acuerdo bajo el Mecanismo Complementario, las partes pueden presentar dos tipos

⁷¹ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶116-120.

⁷² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶34, 79-82.

⁷³ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶9; CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer.

⁷⁴ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶31.

⁷⁵ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶35.

⁷⁶ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶39-41.

de solicitudes, una basada en el artículo 2(a), u otra basada en el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario.

67. Bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la Demandante observa que la solicitud debe cumplir tres requisitos: (1) debe referirse a “diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión,” (2) la disputa no puede ser “de la competencia del Centro”, y (3) ambas partes deben “aceptar la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieren cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* de dicho Artículo.” La Demandante concluye, refiriéndose al Dictamen Legal Dolzer, que “si el Estado demandado adopta la posición de que la controversia no surge de una inversión porque la demandante no es propietaria de una inversión de ese tipo, entonces el acceso al Mecanismo Complementario no puede ser concedido bajo el Artículo 2 (a) del Reglamento del Mecanismo Complementario según está escrito.”⁷⁷
68. Bajo el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la Demandante observa que una solicitud debe referirse a “diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión.”⁷⁸ La Demandante, por la tanto, concluye que el Reglamento del Mecanismo Complementario requiere que las Partes se pongan de acuerdo sobre si existe una inversión y sobre si la controversia surge de ella, y este acuerdo debe alcanzarse antes de obtener la aprobación de la Secretaria General de CIADI.⁷⁹
69. La Demandante alega que el Mecanismo Complementario no está disponible porque la Secretaria General no había aprobado el acuerdo.⁸⁰ Esta opinión se ve confirmada por el hecho de que la Demandada no respondió a la Notificación de Controversia,⁸¹ ni siquiera tras una segunda carta.⁸² Según la Demandante, la ausencia de colaboración de la Demandada para obtener la aprobación para utilizar

⁷⁷ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶43-44.

⁷⁸ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶45.

⁷⁹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶46-47.

⁸⁰ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶50-51; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶53-54.

⁸¹ CEX-6, Notificación de Controversia.

⁸² CEX-15, Carta del abogado de la Demandante al Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

el Mecanismo Complementario ha hecho que el Mecanismo Complementario devenga no disponible.⁸³

70. La Demandante alega que no podía intentar iniciar el procedimiento arbitral ante el Mecanismo Complementario sola, ya que el lenguaje del Reglamento del Mecanismo Complementario exigía que ambas Partes presentaran la solicitud. La Demandante alega que no sólo no podía solicitar la aprobación unilateralmente, sino que además no estaba obligada a soportar la carga de obtener tal aprobación ya que el Tratado prevé una opción residual que es iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.⁸⁴
71. Según la Demandante, en el caso *Vannessa Ventures* la Demandada ha defendido “casi exactamente la misma posición”⁸⁵ que la Demandante adopta en este caso. La Demandante entiende que en *Vannessa Ventures*, la Demandada argumentó que:
- (a) El Mecanismo Complementario no está disponible si la Secretaria General no ha aprobado su uso antes del comienzo del arbitraje;
 - (b) Cualquier solicitud para el uso del Mecanismo Complementario debe ser presentada por “las partes” (plural);
 - (c) El Reglamento del Mecanismo Complementario no puede utilizarse si el demandado objeta a la existencia de la inversión alegada por el demandante.⁸⁶

Como se observa anteriormente, la Demandante alega que en el caso *Vannessa Ventures* la Demandada adoptó la posición actual de la Demandante.⁸⁷ Es más, la Demandante observa que la Demandada manifestó en una comunicación enviada en relación con ese procedimiento, que esta aprobación debía ser “solicitada por las partes.”⁸⁸ La Demandante por lo tanto argumenta que, de acuerdo con las teorías internacionales aplicables sobre preclusión y actos propios (*collateral estoppel*), la

⁸³ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶52-55.

⁸⁴ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶56-58; CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, ¶¶31, 52, 59 y 61.

⁸⁵ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶16.

⁸⁶ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶16.

⁸⁷ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶65-71.

⁸⁸ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶70; REX-23, Carta de la Procuradora General de Venezuela a la Secretaria General de CIADI en *Vannessa Ventures*.

Demandada debería quedar vinculada por la posición que adoptó en *Vannessa Ventures*.⁸⁹

72. La Demandante además alega que una solicitud para el uso del Mecanismo Complementario tenía pocas posibilidades de éxito y que, por lo tanto, no estaba disponible. Según la Demandante, cualquier solicitud unilateral tenía pocas posibilidades de éxito porque (1) el Reglamento no contempla que se pueda otorgar una aprobación cuando sólo una parte la solicita,⁹⁰ tal y como reconoció correctamente la Demandada en el caso *Vannessa Ventures*,⁹¹ (2) no estaba claro si los requisitos de nacionalidad se cumplirían, dado que la Demandada había amenazado con retirarse de CIADI, y Canadá estaba al mismo tiempo tomando medidas importantes para acceder a CIADI,⁹² (3) cualquier solicitud de aprobación habría perjudicado significativamente la posición legal en la disputa de la Demandante o la Demandada,⁹³ y (4) la incertidumbre que surge de la enmienda en 2003 del artículo 4(6) del Reglamento del Mecanismo Complementario abría la puerta a una revisión de la decisión de la Secretaria General.⁹⁴
73. La Demandante observa que la Demandada y sus expertos han argumentado que el acuerdo relativo a la existencia de una controversia que surge de una inversión ya existe en el consentimiento al arbitraje contenido en el Tratado y que por lo tanto no hace falta prestar consentimiento de nuevo. La Demandante rechaza este argumento ya que el consentimiento al arbitraje del Tratado no cumple los requisitos lingüísticos específicos exigidos por el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario. Es más, la Demandante observa que en el caso *Vannessa Ventures*, la propia Demandada confirmó que el consentimiento al arbitraje del Tratado es distinto del acuerdo adicional que exige el Reglamento del Mecanismo Complementario. Como se afirma en el Dictamen Legal de Dña. Ana Palacio, la anterior Secretaria General de CIADI, “[I]a mera existencia del consentimiento al arbitraje en un BIT no es suficiente para que el Mecanismo Complementario esté

⁸⁹ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶72.

⁹⁰ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶66.

⁹¹ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶87-88.

⁹² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶68-74.

⁹³ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶75-82; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶89-94.

⁹⁴ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶83-86; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶78-84.

disponible. Para ello son necesarias acciones adicionales de las partes y del Secretario General del CIADI.”⁹⁵

74. La Demandante alega que, cuando tuvo que decidir dónde iniciar el procedimiento arbitral, se daban todas las anteriores incertidumbres. En teoría, tenía por lo tanto la opción de solicitar unilateralmente la aprobación para utilizar el Mecanismo Complementario o recurrir inmediatamente al arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.⁹⁶ Sin embargo, la primera opción no era viable por varias de las razones anteriormente mencionadas. Es más, las obligaciones de la Demandante hacia sus accionistas exigían que ésta tomara los pasos para preservar y ejercitar sus derechos, mientras al mismo tiempo debía abstenerse de iniciar procedimientos que tuvieran pocas posibilidades de éxito.⁹⁷
75. Finalmente, la Demandante observa que la Demandada ha evitado tomar una posición concreta en este arbitraje sobre cuándo considera que el Mecanismo Complementario está disponible, y también ha evitado aceptar el uso del Mecanismo Complementario en el caso de que se decidiera que esta disputa no puede ser decidida por este Tribunal.⁹⁸ La Demandante alega que el objetivo de la Demandada debe de ser “que se deniegue justicia a” la Demandante y “demorar todo lo posible la resolución de esta controversia.”⁹⁹ La Demandante invita al Tribunal a no consentir los esfuerzos de la Demandada para retrasar y eventualmente denegar justicia a la Demandante y, por el contrario, a confirmar la válida constitución de este arbitraje CNUDMI.¹⁰⁰

⁹⁵ CEXL-29, Dictamen Legal Palacio, ¶16.

⁹⁶ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶78-86.

⁹⁷ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶95-99.

⁹⁸ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶18-20.

⁹⁹ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶23-30.

¹⁰⁰ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶31-33.

VII. Tutela solicitada por las Partes

VII.1 La Demandada

76. La Demandada solicita al Tribunal que dicte un laudo del siguiente tenor:
- (a) En favor de la Demandada y en contra de la Demandante, desestimando en su totalidad las reclamaciones presentadas por la Demandante ante el Tribunal y con perjuicio en el sentido del “párrafo anterior” [véase párrafo 77, *infra*]; y
 - (b) Con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI, ordene a la Demandante al pago de las costas del arbitraje, incluidos los gastos de la Demandada para la representación y asistencia legal, y los costos de los peritos de la Demandada.¹⁰¹
77. El “párrafo anterior” que matiza la petición de la Demandada de desestimación “con perjuicio” del caso de la Demandante dispone lo siguiente:

La petición por parte de la Demandada de desestimar con perjuicio no tiene la intención de impedir una revisión del caso de la Demandante en la competencia y, si fuera necesario, en cuanto al fondo ante un tribunal del Mecanismo Complementario del CIADI. Igualmente, no intenta impedir que la Demandante reinstaure este arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI en el caso muy improbable, por ejemplo, de que la Secretaria General del CIADI decida no aprobar el acuerdo de arbitraje en el marco del Reglamento del Mecanismo Complementario. Su único objetivo consiste en impedir que la Demandante vuelva a comparecer ante este Tribunal específico que, según sostiene Venezuela, se constituyó incorrectamente. La desestimación correcta del caso de la Demandante por parte del Tribunal, lo tomaría *functus officio*.¹⁰²

VII.2 La Demandante

78. La Demandante solicita que el Tribunal dicte un laudo del siguiente tenor:
- (a) Confirme que el presente procedimiento de arbitraje ha sido iniciado válidamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI y el artículo XII(4);
 - (b) Desestime todas las pretensiones formuladas por la Demandada en relación con la Cuestión Preliminar; y
 - (c) Ordene a la Demandada a pagar todas las costas y honorarios relacionados con la Cuestión Preliminar.¹⁰³

¹⁰¹ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶43; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶101. [El término “perjuicio” consta así en el original presentado por la Demandada].

¹⁰² R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶100.

¹⁰³ Ver C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶102; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶122.

VIII. Consideraciones del Tribunal

79. La Cuestión Preliminar que debe decidir el Tribunal es concreta y específica: si en la fecha en la que la Demandante inició este procedimiento arbitral estaba “disponible” un procedimiento alternativo bajo el Mecanismo Complementario de CIADI conforme al sentido del artículo XII(4) del Tratado. Si el Tribunal decide que tal opción estaba disponible para la Demandante entonces el Tribunal no tendría derecho a ejercer su competencia y la Demandante tendría que ser remitida al foro adecuado. Si, por el contrario, el Tribunal decidiera que no había un procedimiento alternativo disponible bajo el Mecanismo Complementario de CIADI, entonces este Tribunal podría ejercer su competencia conforme al artículo XII(4), sin perjuicio de otras objeciones jurisdiccionales que pudieran surgir.
80. La Demandada ha objetado a la competencia del Tribunal sobre la base de que el Mecanismo Complementario estaba disponible para la Demandante el 1 de octubre de 2008 ya que se cumplían todos los requisitos jurisdiccionales del Reglamento del Mecanismo Complementario. La Demandada alega además que, incluso bajo el significado de “disponible” adoptado por la Demandante, el Mecanismo Complementario estaba disponible en la fecha en la que se inició este procedimiento, ya que la práctica continuada de la Secretaria General de CIADI demuestra que se puede acceder al Mecanismo Complementario con facilidad, como ha sucedido en al menos dos otros casos bajo el TBI Canadá-Venezuela.
81. La Demandante no está de acuerdo, y alega que ni CIADI ni el Mecanismo Complementario estaban “disponibles” conforme al sentido del artículo XII(4) del Tratado porque no estaban “listos para su uso inmediato” o no tenían “una perspectiva sólida de éxito.” La Demandante argumenta que el acceso al Mecanismo Complementario depende, *inter alia*, de una solicitud conjunta por las Partes y de un acuerdo entre las Partes sobre la existencia de una inversión, ninguno de los cuales se daba en el momento de iniciar este procedimiento, debido a la supuesta falta de cooperación de la Demandada.
82. Para decidir este asunto, el Tribunal comenzará por interpretar el artículo XII(4) del Tratado [VIII.1]. El Tribunal luego considerará si el Mecanismo Complementario de CIADI estaba “disponible”, siendo un hecho aceptado por ambas Partes que el arbitraje bajo CIADI no estaba disponible dado que Canadá no es parte de la Convención de Washington [VIII. 2], tratará el asunto de *estoppel* que surge en este caso [VIII.3], y después indicará su decisión [VIII.4].

VIII.1 Interpretación del artículo XII(4) del Tratado

83. Como se observa anteriormente, el artículo XII(4) del Tratado establece que:

La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:

- (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contratante del inversor sean partes del CIADI; o
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

84. No es materia controvertida por las Partes que la interpretación de esta disposición está sujeta a las normas dispuestas en la Convención de Viena y, en particular, a sus artículos 31 a 33 sobre la interpretación de tratados. El artículo 31(1) establece el punto de partida:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

85. No resulta controvertido que el enfoque básico para la interpretación de un tratado consiste en considerar el sentido corriente de las palabras escogidas por los redactores, ayudándose de un análisis sistemático del acuerdo completo y consideraciones teleológicas sobre su pretendido objetivo, todo bajo un principio marco de buena fe. El Tribunal considerará por lo tanto el sentido corriente del artículo XII(4), en el contexto del Tratado como un todo y teniendo en cuenta el objeto y fin del mismo.

A. La estructura del artículo XII(4)

86. Como la mayoría de las normas legales, el artículo XII(4) describe un supuesto de hecho que conduce a una consecuencia jurídica particular.

87. El supuesto de hecho descrito en el artículo XII consiste en la existencia de un inversor que reclama la protección conforme al Tratado y que afirma que ha surgido

una controversia contra Canadá o contra Venezuela sobre la base de que la Parte Contratante ha adoptado supuestamente una medida que incumple las protecciones concedidas al inversor por el Tratado.¹⁰⁴ Siempre y cuando se dé este supuesto de hecho, el artículo XII describe la consecuencia jurídica—se le concede al inversor el derecho de someter la controversia a arbitraje bajo tres escenarios alternativos:

- CIADI, siempre y cuando en este caso tanto Venezuela como Canadá sean miembros de la Convención de Washington de 1965;
- el Mecanismo Complementario de CIADI, siempre y cuando Venezuela o Canadá sea miembro de la Convención de Washington; y
- en el caso de que ninguno de estos procedimientos esté “disponible”, arbitraje CNUDMI.

88. El fin del artículo XII(4) es proporcionar al inversor que cumple los requisitos del Tratado, el derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje internacional para resolver la controversia sobre la inversión. El Tribunal acepta la alegación de la Demandante¹⁰⁵ de que una interpretación adecuada del artículo XII(4) debe conducir a la conclusión de que el inversor debería tener un derecho de acceso a uno de los tres procedimientos de arbitraje previstos. Un inversor protegido bajo el Tratado disfruta del derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje internacional. La cuestión es: ¿qué procedimiento?
89. El sentido corriente del artículo XII(4) no indica que los tres procedimientos previstos por el Tratado deban ser tratados como alternativas. Más bien, el sentido corriente del artículo XII(4) establece una jerarquía entre los procedimientos. El artículo XII(4) define el acceso a CIADI (bien bajo el Reglamento habitual o bajo el Mecanismo Complementario) como la primera posibilidad: dependiendo de si sólo una de las Partes Contratantes o las dos han ratificado la Convención de Washington, el inversor tiene derecho *ipso iure* de iniciar la disputa ante el Centro bajo un reglamento u otro.
90. Sin embargo, la posibilidad de iniciar un arbitraje CNUDMI está sujeta a un requisito adicional: el arbitraje CNUDMI sólo puede iniciarse por un inversor “[e]n caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible.” La redacción del artículo XII(4) no admite ambigüedad ni duda. Ésta indica que los redactores del Tratado pretendían que primero fuese necesario

¹⁰⁴ Ver artículo XII(1) y (3) del Tratado.

¹⁰⁵ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶7.

considerar si los mecanismos de resolución de controversias de CIADI o su Mecanismo Complementario estaban disponibles. Solamente si ninguno estaba “disponible” tendría derecho el inversor a recurrir a un arbitraje CNUDMI.

91. Esta conclusión surge inexorablemente del sentido corriente del artículo XII(4), y se ve reforzada por el texto de otros TBIs firmados por Canadá o Venezuela con otros países.
92. Canadá utiliza una cláusula de resolución de controversias distinta en otros TBIs.¹⁰⁶ Por ejemplo, varios de los TBIs canadienses disponen que:

La controversia podrá someterse, a opción del inversionista, a arbitraje por:

- (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio del CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contratante del inversionista sean partes del CIADI; o
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o
- (c) un árbitro internacional o un tribunal arbitral ad hoc establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹⁰⁷

Este texto deja claro que, cuando Canadá ha querido que el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario o el Reglamento de Arbitraje CNUDMI esté disponible por igual, a elección del inversor, lo ha hecho explícitamente.

93. Por su parte los TBIs venezolanos también indican que cuando ese Estado ha querido que el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI esté disponible como alternativa a CIADI o al Reglamento del Mecanismo Complementario sin condiciones, lo ha hecho. En su TBI con Irán, por ejemplo, Venezuela ha otorgado al inversor las siguientes alternativas:

¹⁰⁶ R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶24.

¹⁰⁷ Ver TBI Canadá-Armenia (art. XIII(4)), TBI Canadá-Barbados (art. XIII(4), TBI Canadá-Croacia (art. XII(4), TBI Canadá-Ecuador (art. XIII(4), TBI Canadá-Egipto (art. XIII(4), TBI Canadá-El Salvador (art. XII(4), TBI Canadá-Latvia (art. XIII(4), TBI Canadá-Líbano (art. XII(4), TBI Canadá-Panamá (art. XIII(4), TBI Canadá-Filipinas (art. XIII(4), TBI Canadá-Rumania (art. XIII(4), TBI Canadá-Sudáfrica (art. XIII(4), TBI Canadá-Tailandia (art. XIII(4), TBI Canadá-Trinidad y Tobago (art. XIII(4), TBI Canadá-Ucrania (art. XIII(4) y TBI Canadá-Uruguay (art. XII(4), disponibles *online* en <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (énfasis añadido).

El inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a:

- (a) un tribunal *ad hoc* a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o
- (b) Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París (CCI), o
- (c) Centro Internacional para la Solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención.¹⁰⁸

94. De manera similar, el TBI entre Venezuela e Italia dispone:

En caso de recurrirse al arbitraje internacional, la controversia será sometida ..., a alguno de los órganos de arbitraje designados a continuación:

- (a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) ..., cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a [la Convención]. Mientras dicha condición no se cumpla, cada una de las Partes Contratantes da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.
- (b) A un Tribunal de Arbitraje “ad hoc” establecido ... de acuerdo con el Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹⁰⁹

95. Estos TBIs firmados por Canadá y Venezuela incluyen tenores que permiten al inversor elegir el sistema de arbitraje que prefiere, incluyendo arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si así lo desea. Una simple comparación entre la redacción utilizada en estos TBIs y la redacción adoptada en el TBI Canadá-Venezuela muestra que Canadá y Venezuela decidieron adoptar un enfoque diferente en el caso de este Tratado, en concreto, uno que establece una jerarquía de opciones, dependiendo de cuál está disponible. CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario son adoptadas como los principales mecanismos de resolución de controversias, y el Tratado sólo autoriza el acceso a CNUDMI si CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario no están disponibles. En el TBI Canadá-Venezuela, el inversor no tiene derecho a iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario está disponible. En tales circunstancias, el inversor debe iniciar el procedimiento CIADI aplicable.

¹⁰⁸ REX-13 Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán (12 de enero de 2006), artículo 11 (énfasis añadido).

¹⁰⁹ REX-14, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Italia y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, artículo 8(5) (énfasis añadido).

B. El significado de “disponible”

96. En el presente caso, por lo tanto, el tema crucial es si el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba disponible el 1 de octubre de 2008. ¿Qué significa “disponible”?
97. El Tratado no facilita ninguna guía. Las Partes han tratado extensa y acertadamente este asunto, sobre el que su desacuerdo es significativo. La Demandante alega que “disponible” significa “presente o listo para su uso inmediato,”¹¹⁰ y con una perspectiva razonable de éxito en el intento.¹¹¹ La Demandada adopta una definición que indica que CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario estarán “disponibles” si pueden ser utilizados o se puede acceder a ellos,¹¹² y no acepta que se incluya en la definición ningún requisito sobre la perspectiva de éxito.¹¹³
98. En aras de clarificar este asunto, el Tribunal encuentra que resulta apropiado considerar no sólo la versión inglesa del Tratado, sino también los textos en español y francés, ya que estos textos son igualmente auténticos. La versión española del artículo XII(4) sigue de cerca el texto inglés, afirmando que:

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa [a arbitraje CNUDMI].

99. El texto francés, sin embargo, adopta un enfoque ligeramente diferente:

Lorsque aucun des recours susmentionnés ne peut être exercé, l'investisseur peut soumettre le différend à [l'arbitrage CNUDCI].

100. Comparando estas tres redacciones del artículo XII(4), el Tribunal observa que el texto francés puede ser considerado más preciso, en el sentido de que identifica explícitamente tres consideraciones, cuyos aspectos sólo aparecen de forma implícita en las versiones española e inglesa, en concreto, que:
- la disponibilidad se refiere al “ejercicio,” *i.e.*, la posibilidad de implementar o de aprovecharse uno mismo (“*peut être exercé*”) de los

¹¹⁰ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶21, basándose en el *Merriam Webster's Collegiate Dictionary*, 11 ed.

¹¹¹ C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶26.

¹¹² R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶19, basándose en el Dictamen Legal Reinisch.

¹¹³ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶26.

procedimientos en CIADI o en el Mecanismo Complementario de CIADI;

- un factor relevante que lo matiza es la posibilidad de “ejercicio” de la acción (“*peut être exercé*”), no el éxito efectivo; y
- que es el inversor quien debe ser incapaz de “ejercitar” el arbitraje CIADI, ya que es el inversor quien, en la ausencia de acceso a CIADI, tiene la opción de presentar la controversia bajo arbitraje CNUDMI.

101. El texto francés sugiere que una interpretación correcta del artículo XII(4) indicaría que le corresponde al Demandante la carga de establecer si, en el momento en el que presentó su Solicitud de Arbitraje, no existía ninguna posibilidad de ejercitar un derecho a iniciar un arbitraje bien bajo el Reglamento del propio CIADI o bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario:

- (i) Posibilidad: El artículo XII(4) no puede interpretarse en el sentido de exigir a un posible demandante que inicie un procedimiento bajo los Reglamentos de CIADI o del Mecanismo Complementario, si la perspectiva de aprobación (en el caso de que sea necesaria) y registro son inexistentes o improbables, o requieren un esfuerzo irrazonable.
- (ii) Ejercer: ¿Cuándo está un inversor capacitado “para ejercer” un procedimiento de arbitraje CIADI? El acceso a CIADI requiere, como paso preliminar, superar ciertos trámites administrativos: en el caso de un arbitraje bajo el Reglamento habitual de CIADI, la solicitud debe ser redactada y comunicada a la Secretaria General de CIADI, quien luego decidirá si registrarla o no.¹¹⁴ En el caso de un arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, la Secretaria General debe decidir si otorgar su aprobación a un acuerdo para arbitrar y luego decidir si registra la solicitud.¹¹⁵ Hasta que estos requisitos no se hayan cumplido, no se puede constituir un tribunal bajo CIADI ni bajo el Mecanismo Complementario, y éste no tendrá capacidad para decidir sobre posibles objeciones a su competencia ni sobre el fondo de la controversia.

102. En síntesis, el Tribunal procede sobre la base de que para el propósito del artículo XII(4) del Tratado, el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo

¹¹⁴ Ver artículo 36(3) de la Convención de Washington.

¹¹⁵ Ver artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI.

Complementario no estará “disponible” si no hay una perspectiva razonable de que la Secretaria General aprobaría el acuerdo de arbitraje y luego registraría la solicitud de arbitraje, y lo haría sin demora.

VIII.2 Disponibilidad del Mecanismo Complementario

103. Bajo la Convención de Washington está claro que la jurisdicción de CIADI se limita a las controversias que surgen directamente de una inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.¹¹⁶ En 1978 el Consejo Administrativo de CIADI decidió autorizar al Centro para administrar ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que, de lo contrario, podrían haber quedado fuera del alcance de la Convención de Washington. Estos procedimientos, que incluyen arbitrajes entre partes de las que, al menos una, es un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, se rigen por el Reglamento del Mecanismo Complementario (según la última modificación por el Consejo Administrativo el 10 de abril de 2006). Este Reglamento comprende varios principios generales (el Reglamento del Mecanismo Complementario), junto con tres anexos, de los cuales el Anexo C recoge normas específicas para los procedimientos arbitrales.

A. Hechos

104. Como paso preliminar es necesario resumir los hechos subyacentes. El 8 de febrero de 2008, la Demandante envió una Notificación de Controversia a la Demandada, en la que el inversor “acepta[ba] la oferta hecha por [Venezuela] en el artículo XII(4) del Tratado para hacer que la Controversia se resuelva en un arbitraje internacional (incluyendo, según estuviere disponible a la fecha de la presentación de la solicitud de arbitraje, el arbitraje según [CIADI], [Mecanismo Complementario de CIADI], y el arbitraje según el Reglamento de Arbitraje [CNUDMI].”¹¹⁷ La Demandante envió una segunda carta el 25 de marzo de 2008.¹¹⁸ Aunque Venezuela solicitó que se le reenviaran copias apostilladas y en español de los documentos, en los autos no consta si la Demandada respondió a estas comunicaciones en cuanto al fondo. En todo caso, en opinión del Tribunal esto no modifica nada. El 1 de octubre de 2008, la Demandante envió a la Demandada una Notificación de Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, que ha dado lugar al presente procedimiento.¹¹⁹ En los autos no consta si la Demandante,

¹¹⁶ Ver artículo 25(1) de la Convención de Washington.

¹¹⁷ CEX-6, Notificación de Controversia.

¹¹⁸ CEX-15, Carta del abogado de la Demandante al Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

¹¹⁹ CEX-7, Notificación de Arbitraje.

antes de enviar su Notificación de Arbitraje para este procedimiento, se dirigió a CIADI para preguntar si el Centro estaría dispuesto a administrar el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Asumimos que si la Demandante hubiera realizado tal intento, y que si éste hubiera resultado en que el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario no estaba “disponible,” entonces la Demandante habría informado de esto al Tribunal.

B. ¿Estaba al arbitraje CIADI “disponible” para la Demandante el 1 de octubre de 2008?

105. Es un hecho indiscutido entre las Partes que, el 1 de octubre de 2008, Venezuela era miembro de la Convención de CIADI pero que Canadá no lo era. Por consiguiente, como se ha dicho anteriormente, el único tipo de arbitraje CIADI que era concebible que estuviese disponible para la Demandante habría sido un arbitraje CIADI bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Para determinar si el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI estaba “disponible” el 1 de octubre de 2008, es necesario:

- (i) considerar si la demanda estaría cubierta por una o ambas categorías de demandas que se pueden presentar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario;
- (ii) identificar los requisitos que deben cumplirse para que el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario esté “disponible”;
- (iii) determinar las circunstancias en las que el Centro puede denegar el acceso al arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario;
y
- (iv) aplicar estas consideraciones a los hechos del caso.

(i) Tipos de solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario de CIADI

106. Conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario, el Centro está autorizado a administrar procedimientos entre Estados y un nacional de otro Estado bajo dos categorías de circunstancias;

- 1. procedimientos para la resolución de controversias de carácter jurídico que surgen directamente de una inversión, que no están dentro de la jurisdicción del Centro, porque o bien el Estado parte de la disputa (en este caso Venezuela) o el Estado del inversor (en este caso Canadá) no es un Estado Contratante de la Convención de Washington (artículo 2(a))

del Reglamento del Mecanismo Complementario); esta categoría se refiere a disputas de inversión que surgen en conexión con supuestos incumplimientos de los TBIs; y

2. procedimientos para la resolución de controversias jurídicas que no están dentro de la jurisdicción del Centro porque no surgen directamente de una inversión (de nuevo siempre y cuando bien el Estado parte de la disputa o el Estado de la contraparte haya adoptado la Convención de Washington) (artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario); este tipo de disputas incluye controversias contractuales que surgen de acuerdos firmados entre un Estado (o alguno de sus organismos) y un nacional extranjero.

107. En este caso, la Demandante alega que tiene una inversión protegida en Venezuela y que la Demandada ha incumplido ciertas obligaciones contraídas en el Tratado. La controversia por lo tanto constituye una controversia de inversión, que si se presenta ante el Mecanismo Complementario, sólo podría hacerse bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario. La demanda no puede ser objeto de una solicitud de arbitraje bajo el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario porque, tal y como ha sido formulada, no puede cumplir los requisitos de ese artículo. Es una disputa conectada a una inversión.

(ii) Requisitos para cada tipo de solicitud

108. Para que un demandante sea capaz de obtener acceso al arbitraje bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, es necesario que se cumplan dos requisitos:

- (a) la Secretaria General de CIADI debe estar en posición de otorgar la aprobación bajo el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario; y
- (b) la Secretaria General debe luego estar en posición de registrar la solicitud de arbitraje bajo el artículo 4 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

Una vez que estas dos condiciones administrativas se han cumplido, el arbitraje comienza formalmente mediante la iniciación del procedimiento para nombrar al Tribunal.

(a) Aprobación por la Secretaria General

109. La necesidad de aprobación por la Secretaria General se prevé en el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario:

Cualquier acuerdo en el que se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario con respecto a diferencias existentes o futuras requiere la aprobación del Secretario General.

110. Los requisitos para otorgar la aprobación se desarrollan en el segundo párrafo del artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario: la Secretaria General puede aprobar una solicitud basada en el artículo 2(a) “solamente ... si a su juicio se han cumplido los requisitos de esa disposición.”¹²⁰ El artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario establece dos requisitos: primero, que la controversia sea una controversia de carácter jurídico, y segundo que surja directamente de una inversión. Si se cumplen estos dos requisitos,¹²¹ la Secretaria General no tiene elección: conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario “dará” su aprobación al procedimiento.
111. En cuanto al momento de solicitar la aprobación, el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario es claro: la solicitud puede presentarse “con respecto a diferencias existentes o futuras ... en cualquier momento antes de la iniciación del procedimiento...” La Secretaria General tendrá entonces que tomar su decisión “[t]an pronto como sea posible” (artículo 4(5) del Reglamento del Mecanismo Complementario).
112. Un asunto que ha sido planteado con cierto detalle por las Partes es si la solicitud de aprobación debe hacerse conjuntamente por las Partes, o si es suficiente que se haga por el inversor solo, actuando unilateralmente. La Demandante alega que el artículo 4(1) requiere una solicitud conjunta del inversor y el Estado, y que no puede por lo tanto iniciar un procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario sin la cooperación de Venezuela que, según alega, no ha

¹²⁰ El artículo 4(2) requiere adicionalmente que “ambas partes acept[e]n la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio [de Washington] (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieren cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* de dicho Artículo.” Esta disposición del Reglamento del Mecanismo Complementario prevé una situación que no es relevante en este caso: la posibilidad de que entre la autorización y la institución del procedimiento, el segundo Estado que no era parte de la Convención de Washington, se convierta en miembro de este Tratado, en tal caso el requisito de consentimiento del artículo 25 de la Convención resultaría aplicable; ya que Canadá no es una Parte Contratante de la Convención de Washington es segundo requisito es irrelevante.

¹²¹ Además, los requisitos *ratione personae* que en este caso no son un hecho controvertido.

resultado.¹²² El argumento de la Demandante está basado en una lectura fundamentalmente literal del artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que establece que “[l]as partes pueden solicitar dicha aprobación.” En opinión de la Demandante, esta redacción requiere que ambas Partes soliciten la aprobación conjuntamente.

113. La Demandada no está de acuerdo con la interpretación de la Demandante. Ésta alega que, al firmar el Tratado la Demandada, ésta había, ya antes del 1 de octubre de 2008, aceptado el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario de CIADI, y que la Solicitud de Arbitraje y de aprobación podían ser presentados por el inversor actuando por su cuenta.¹²³
114. La Demandada ha presentado abundante documentación probatoria respaldando su afirmación de que en la práctica, las solicitudes de aprobación se presentan siempre por los inversores solos, sin la participación del Estado demandado. Estas pruebas, que no han sido refutadas por la Demandante, incluyen un Dictamen Legal por D. Barton Legum, un socio del bufete de abogados Salans LLP, que ha actuado como abogado en varios arbitrajes bajo el Mecanismo Complementario. La parte relevante de la declaración del Sr. Legum se parece por su naturaleza más a una declaración sobre hechos prestada por un testigo, en el sentido de que da fe de su propia experiencia. Él declara que:

... no ha sido necesaria otra acción de parte del recurrido ni ha sido solicitada por el CIADI en ninguna de las causas que he manejado personalmente, entre ellas, *Mobil*, *Loewen*, *Mondev* y *ADF*, como así tampoco en los casos presentados en contra de México que seguí de cerca mientras trabajaba en el Departamento de Estado.¹²⁴

115. Existe más material presentado ante el Tribunal que resulta de mayor relevancia para el presente caso, a saber, información relativa a un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario entre otro inversor canadiense y la Demandada que también está

¹²² C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶36; C-11, C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶89.

¹²³ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶42. El 16 de diciembre de 2009, la Demandada remitió una solicitud a la Secretaria General de CIADI solicitando una clarificación sobre si “de acuerdo con el Reglamento del Mecanismo Complementario ... una solicitud conjunta de la Demandante y del Estado Demandado es necesaria para el CIADI apruebe la solicitud...”: CEX-30, Carta de la Demandada a la Secretaria General de CIADI; la carta, aunque escrita por la Demandada, ha sido presentada por la Demandante. La respuesta de la Secretaria General es un tanto délfica, ya que respondió que conforme al artículo 2(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) la solicitud de arbitraje puede ser realizada conjuntamente por las partes (con la implicación de que también puede ser presentada individualmente). De hecho, la pregunta remitida por la Demandada era diferente, porque se refería a un paso previo y separado, la solicitud de aprobación, y preguntaba si esta solicitud (y no la solicitud de arbitraje) podía ser presentada individualmente por el demandante.

¹²⁴ Dictamen Legal Legum, ¶24.

basado en el artículo XII(4) del TBI Canadá-Venezuela, en concreto el caso *Vannessa Ventures Ltd v. República Bolivariana de Venezuela*. El arbitraje se inició el 8 de julio de 2004 bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario por una empresa canadiense actuando unilateralmente. La solicitud pretendía obtener la aprobación de la Secretaria General de CIADI bajo el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario.¹²⁵ Dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, y a pesar de la objeción de Venezuela,¹²⁶ el 28 de octubre de 2004, la Secretaria General de CIADI otorgó la aprobación y registró el procedimiento.¹²⁷

116. Los argumentos ante el Tribunal, según están respaldados por los materiales relevantes, señalan decisivamente en una dirección, permitiendo al Tribunal concluir que es una práctica bien arraigada en CIADI que la Secretaria General, actuando bajo los artículos 4(1) y 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario, apruebe un acuerdo arbitral tras la solicitud de un inversor demandante que actúa sin el apoyo del Estado demandado. La práctica de CIADI ha interpretado continuamente el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que exige que “[l]as partes pueden solicitar [la] aprobación”, en el sentido de que una solicitud por cualquiera de las partes sola sería suficiente. No hay pruebas ante el Tribunal que indiquen que CIADI haya requerido que una solicitud de aprobación bajo los artículos 4(1) y 4(2) sea hecha conjuntamente por el inversor y el Estado. El fundamento de esto parece ser que la entrada en vigor de un TBI que contiene una sumisión expresa a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI constituye una aceptación de la posibilidad de tal arbitraje entre ambas partes.
117. Existe un argumento adicional: la anterior conclusión concuerda con el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que claramente prevé y permite que se presenten, a instancia del demandante únicamente, las solicitudes para iniciar procedimientos arbitrales bajo el Mecanismo Complementario.

(b) Registro de la solicitud

118. El segundo requisito que debe cumplir un inversor, en aras de obtener el acceso a un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario, es presentar una solicitud de arbitraje por escrito ante la Secretaría.¹²⁸ La solicitud tiene la forma de un documento

¹²⁵ REX-21, Carta de John Terry, Letrado de Vannessa Ventures Ltd., a la Secretaria General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

¹²⁶ Que es objeto de un análisis más detallado; ver ¶¶138-146, *infra*.

¹²⁷ Ver REXL-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

¹²⁸ Artículo 2(1) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

sencillo que identifica a las partes, describe el acuerdo de arbitraje y facilita una indicación de los asuntos en disputa y la cuantía monetaria implicada.¹²⁹ Se necesita también un documento similar al comienzo de los arbitrajes bajo el Reglamento CIADI habitual.¹³⁰

119. El Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) expresa claramente que bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario las solicitudes de registro de un arbitraje pueden ser realizadas individualmente por un inversor sin la necesidad de participación del Estado demandado.¹³¹
120. Una vez presentada por el inversor demandante, la solicitud debe ser aprobada por la Secretaria General cuando “determine que a su juicio la solicitud se ajusta en su fondo y forma” a los requisitos dispuestos en el Reglamento del Mecanismo Complementario.¹³²
121. En la práctica, los demandantes frecuentemente juntan la solicitud de aprobación con la solicitud de arbitraje en un mismo documento que luego se presenta ante la Secretaria General de CIADI.¹³³ Eso es lo que ocurrió en el caso *Vannessa Ventures*, donde la carta inicial del demandante fechada el 8 de julio de 2004, incluía las solicitudes de aprobación y registro.¹³⁴ CIADI aprobó ambas solicitudes en una única decisión el 28 de octubre de 2004.
122. Una vez que la Secretaria General ha registrado la solicitud, y que se han superado los últimos trámites administrativos, el procedimiento arbitral habrá comenzado formalmente y se iniciará el proceso de constitución del Tribunal. El procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI se habrá puesto en marcha, y la disponibilidad del procedimiento se habrá confirmado finalmente.

* * *

123. Sobre estos antecedentes, el Tribunal entiende que los requisitos que debe cumplir un demandante en aras de acceder al arbitraje bajo el Mecanismo Complementario

¹²⁹ Artículo 3(1) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

¹³⁰ Ver artículo 36(2) de la Convención de Washington; el acceso a un arbitraje habitual de CIADI no está sujeto a la aprobación de la Secretaria General, pero si requiere que se registre la solicitud.

¹³¹ Ver artículo 2(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) *a sensu contrario*.

¹³² Artículo 4 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

¹³³ Dictamen Legal Legum, ¶20.

¹³⁴ REX-21, Carta de John Terry, Letrado de Vannessa Ventures Ltd., a la Secretaria General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

consisten en una solicitud de autorización dirigida a la Secretaria General del Centro y una solicitud de registro de la controversia. La solicitud de autorización y la solicitud de registro pueden juntarse en un único documento, que en el caso *Vannessa Ventures* no ocupó más de dos páginas. La Demandante no ha presentado pruebas en este caso que sugieran que CIADI incurre en demoras innecesarias al ocuparse de los procedimientos de autorización y registro. En el caso *Vannessa Ventures*, a pesar del hecho de que la Demandada presentó objeciones respaldadas por argumentos minuciosos, el caso se registró por la Secretaria General de CIADI en menos de cuatro meses desde que se hicieron las solicitudes.

124. El Tribunal ya ha decidido que el Mecanismo Complementario está “disponible” dentro del significado del artículo XII(4) del Tratado, siempre y cuando haya una expectativa razonable de que la Secretaria General aprobaría el acuerdo arbitral, registraría la solicitud de arbitraje y que lo haría sin demora. Lo que resta por decidirse es si la Secretaría de CIADI, en el caso de que la Demandante hubiese presentado tal solicitud en este caso, hubiera decidido no registrar el caso.

(iii) Denegación de acceso al Mecanismo Complementario

125. Los miembros del Tribunal son conscientes de que este Tribunal no debe determinar si la Secretaria General de CIADI registraría o no el caso bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Ésa es una cuestión que debe decidir solamente la Secretaria General de CIADI, y el Tribunal desea aclarar que no prejuzga en modo alguno el ejercicio de las facultades de CIADI. Habiendo dicho esto, para que el Tribunal determine si el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba o no “disponible” a efectos de ejercer su competencia en este procedimiento, el Tribunal sí necesita formarse una opinión sobre la probabilidad de que la Secretaria General de CIADI registrara una solicitud en relación con este Tratado y una solicitud de procedimiento arbitral.
126. La Demandada alega que la aprobación por la Secretaria General de CIADI y el registro de una solicitud es sencilla y fácilmente obtenible para aquéllos que la solicitan. La Demandada alega que en al menos 26 casos publicados, las solicitudes de demandantes han sido aprobadas y registradas bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.¹³⁵ Es más, la Demandada ha incorporado a sus alegaciones la opinión expresada por el Sr. Legum en su Dictamen Legal, en la que afirma que no está al corriente de ningún caso en el que CIADI haya rechazado una solicitud de aprobación en relación con una disputa existente por no cumplir los

¹³⁵ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶54.

requisitos del artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.¹³⁶ Estas alegaciones no han sido refutadas por la Demandante; que tampoco ha cuestionado que en el caso *Vannessa Ventures* bajo el TBI Canadá-Venezuela, la aprobación del arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario se otorgó debidamente y se registró la solicitud.

127. Sobre la base de estas consideraciones, la perspectiva de éxito de la Demandante al invocar el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario no puede decirse, a primera vista, que sea improbable. No obstante, tal y como ambas Partes reconocen, las decisiones de la Secretaria General de CIADI no son vinculantes; siempre y cuando ésta se ajuste al Reglamento del Mecanismo Complementario cabe en teoría la posibilidad de que la Secretaria General pudiera decidir apartarse del parecer mostrado en decisiones previas.¹³⁷ Sobre la base de los hechos de este caso, por lo tanto, ¿existe algún motivo para considerar que la Secretaria General de CIADI pueda adoptar un enfoque diferente en este caso al tomado en el caso *Vannessa Ventures*?
128. La Demandante no ha presentado ninguna prueba fáctica, ni invocado ningún argumento legal, que permita al Tribunal concluir que existe una verdadera posibilidad de que la Secretaria General de CIADI pueda adoptar un enfoque diferente del tomado en el caso *Vannessa Ventures*.
129. En un exceso de cautela, el Tribunal no obstante ha considerado dos posibilidades en las que podría, en teoría, basarse la Secretaria General de CIADI para adoptar un enfoque diferente en este caso.

(a) ¿Surge la disputa directamente de una inversión?

130. La primera consideración concierne al requisito del artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario de que una disputa sólo puede presentarse ante el Mecanismo Complementario si surge directamente de una inversión. En su Notificación de Controversia, la Demandante ha afirmado que sus inversiones en Venezuela incluyen las siguientes:

(i) A Coal Supply Agreement of March 18th, 2005, between the Investor and Guasare Coal International N.V. (“Guasare”), an enterprise ultimately controlled by the Government of Venezuela (the “GOVE”), along with confirmation letters, transactions, and related documents (together, the “CSA”);

¹³⁶ Dictamen Legal Legum, ¶30.

¹³⁷ Ver C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶34; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶40. Ver también CEXL-29, Dictamen Legal Palacio, ¶17.

(ii) The capital committed by the Investor, as payments under the CSA, for the development of the Venezuelan economy in general and its mining industry in particular; and

(iii) The Investor's claims to performance under the CSA, as well as its claims to performance of GOVE's various undertakings vis-à-vis the Investor, including the Investor's claims to the delivery of coal extracted from Venezuelan mines and owed by the GOVE to the Investor.¹³⁸

131. Al tomar una decisión para aprobar el arbitraje, la Secretaria General de CIADI tendría que dar “su aprobación solamente (...) si a su juicio se ha[n] cumplido [el] requisito[s]” de que la disputa surge directamente de una inversión (ver artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario). Consecuentemente, si a juicio de la Secretaria General, la Demandante no era propietaria de una inversión protegida localizada en Venezuela, no estaría capacitada para dar su aprobación.
132. ¿Habría algún motivo para que la Demandante pudiese esperar que la Secretaria General hubiera rechazado una solicitud de aprobación en octubre de 2008 sobre la base de que la disputa no surgía directamente de una inversión? El Tribunal no ve ninguna base razonable para ello.
133. El Tribunal llega a esta conclusión preliminar sobre la base de que la Demandante no ha sido capaz de mostrar ni un solo caso en el que la Secretaria General de CIADI haya rechazado la aprobación de acceso al Mecanismo Complementario por ésta o cualquier otra razón. La ausencia de cualquier prueba en esa dirección podría indicar que la Secretaria General sólo rechaza solicitudes de aprobación si decide que la disputa está manifiestamente fuera del alcance del Mecanismo Complementario (aplicando por analogía el criterio establecido en el artículo 36(3) de la Convención de Washington para denegar el registro de un arbitraje CIADI habitual), y permite que todos los demás casos se decidan por los árbitros, como una cuestión de admisibilidad o competencia.¹³⁹ Es difícil anticipar sobre qué base se podría alegar que la disputa está manifiestamente fuera del alcance del Mecanismo Complementario de tal forma que lleve a la conclusión de que una solicitud de registro sería rechazada.

¹³⁸ CEX-6, Notificación de Controversia [original en inglés].

¹³⁹ Una indicación a favor de esta interpretación se puede deducir de una enmienda introducida el 1 de enero de 2003 al artículo 4(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario). Desde entonces, la aprobación de la Secretaria General no es concluyente y puede ser revisada por el Tribunal Arbitral. El tema, sin embargo, no está del todo claro ya que la redacción del artículo 4 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) difiere de la redacción del artículo 36(3) de la Convención de Washington. Basándose en esta diferencia, la anterior Secretaria General Palacio afirmó en su Dictamen Legal que el análisis del “manifiestamente” sólo es aplicable a los arbitrajes CIADI habituales, pero no al Mecanismo Complementario: CEXL-29, Dictamen Legal Palacio.

134. Existe un factor adicional y más específico que lleva al Tribunal a la misma conclusión. El artículo 1(f) del TBI Canadá-Venezuela prevé una definición amplia de “inversión”:

- (f) “inversión” significa cualquier clase de bienes de propiedad de un inversor de una Parte Contratante o controlados por él directa o indirectamente, inclusive a través de un inversor de un tercer Estado, en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes de ésta. En particular, aunque no exclusivamente, “inversión” incluye:
 - (i) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y cualesquiera derechos de propiedad relacionados, tales como hipotecas, derechos de retención o prendas;
 - (ii) las acciones, títulos, bonos y obligaciones o cualquier otra forma de participación en una compañía, empresa comercial o emprendimiento conjunto (joint venture);
 - (iii) el dinero, los derechos al pago de dinero, y los derechos a prestaciones contractuales que tengan valor económico;
 - (iv) el prestigio y la clientela (goodwill);
 - (v) los derechos de propiedad intelectual;
 - (vi) los derechos, conferidos por ley o por contrato, a emprender cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho a explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;

no significa, sin embargo, los bienes inmuebles ni otros bienes, tangibles o intangibles, que no sean utilizados, o no hayan sido adquiridos en la expectativa de utilizarlos, con el propósito de obtener beneficios económicos o para otros fines de negocios.

Cualquier cambio en la forma de una inversión no afectará su carácter de inversión.

135. Esta amplia definición, que sería tenida en cuenta por la Secretaria General de CIADI al tomar su decisión, reduce o elimina la posibilidad de que en la fase inicial de aprobación, la Secretaria General pueda denegar el acceso a la Demandante al arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.

136. La Demandante reconoce que no se dirigió a la Secretaría de CIADI para conocer las posibilidades de éxito de una solicitud de aprobación del acuerdo de arbitraje y de registro de la solicitud de arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Si la Demandante hubiera dado ese paso y hubiera recibido una indicación de que su solicitud podría de alguna manera no ajustarse a las condiciones para aprobación y registro, entonces las consideraciones que subyacen a

las conclusiones del Tribunal podrían haber sido diferentes. No obstante, ésta no es el caso.

* * *

137. En síntesis, el Tribunal concluye que el 1 de octubre de 2008, la fecha en la que la Demandante inició este procedimiento arbitral bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI podría haber estado “disponible” para la Demandante conforme al significado del artículo XII(4) del Tratado. La Demandante no estaba imposibilitada para presentar una solicitud de aprobación a la Secretaria General de CIADI, y no hay motivos por los que la Demandante podría haber concluido razonablemente que la aprobación y registro no iba a ser otorgados sin demora.

VIII.3 Actos propios

138. La Demandante ha planteado otro argumento que merece la consideración del Tribunal.¹⁴⁰ Ésta observa que la Demandada adoptó una posición en el caso *Vannessa Ventures* que es la contraria de la que está defendiendo en este procedimiento, a saber, que para el arbitraje en el Mecanismo Complementario la solicitud de aprobación debe ser presentada por ambas partes conjuntamente, con la consecuencia de que el Mecanismo Complementario no estaría “disponible” si el Estado demandado formula una objeción, por ejemplo, sobre la base de que la disputa no surge de una “inversión”. La Demandante alega que “a un hombre no deberá permitírsele soplar caliente y frío”¹⁴¹ y que el Tribunal debería entender que Venezuela está vinculada por la posición que adoptó en su argumentación en el caso *Vannessa Ventures*.
139. La solicitud de aprobación y registro en el caso *Vannessa Ventures* se presentó ante CIADI el 8 de julio de 2004.¹⁴² Tras recibir la solicitud, la Secretaria General de CIADI concedió a Venezuela la posibilidad de presentar comentarios, lo que Venezuela realizó mediante una carta de su Procuradora General de fecha 23 de agosto de 2004.¹⁴³ Venezuela alegó que debía denegarse el acceso al Mecanismo Complementario a *Vannessa Ventures Ltd.* y que su solicitud debía ser rechazada.¹⁴⁴

¹⁴⁰ C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶¶65-72.

¹⁴¹ [Esta expresión consta en el original presentado por la Demandante], ver C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, ¶72.

¹⁴² REX-21, Carta de John Terry, Letrado de *Vannessa Ventures Ltd.*, a la Secretaria General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

¹⁴³ REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

¹⁴⁴ REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, pág. 21.

Las razones incluían, *inter alia*, el hecho de que el Tratado no había sido aprobado por la Secretaría General,¹⁴⁵ y que la aprobación tenía que ser solicitada conjuntamente por ambas partes.¹⁴⁶

140. No existe duda de que los argumentos presentados por Venezuela en ese caso contradicen la posición adoptada por Venezuela en este arbitraje. ¿Se ve la Demandada por ello impedida para adoptar esta nueva posición como alega la Demandante?
141. La existencia de la doctrina de *estoppel*, o la prohibición de *venire contra factum proprium*, está consolidada en el derecho internacional público, a pesar de que su existencia como un principio general del derecho o como una norma consuetudinaria es objeto de debate.¹⁴⁷ Sí existe consenso entorno al origen de la doctrina, que en derecho internacional público se puede ver como conectado al principio de buena fe.¹⁴⁸ Su aplicabilidad ha sido reconocida en el arbitraje de inversión desde hace tiempo.¹⁴⁹ A pesar de esta discusión, existe un acuerdo general de que la doctrina se puede aplicar al comportamiento de los Estados en procedimientos judiciales o arbitrales. En estas situaciones, si existe una inconsistencia entre las demandas o alegaciones actuales del Estado y su conducta previa, tal divergencia viola el principio de buena fe, al que se deben someter todos los Estados, y más específicamente la prohibición de *venire contra factum proprium*. Consecuentemente se debería precluir a un Estado de adoptar esta nueva postura.¹⁵⁰

¹⁴⁵ REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, págs. 8-9.

¹⁴⁶ REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, pág. 6: “Dicho Acuerdo [i.e. el TBI], no sólo no ha sido aprobado por la Secretaría General del [CIADI], tal y como lo exige [el artículo 4 (1) del Reglamento del Mecanismo Complementario], sino que no hay evidencia de que tal aprobación haya sido solicitada por las partes, para cumplir con la exigencia prevista en la norma in comento”.

¹⁴⁷ Ver I. C. MacGibbon, *Estoppel in International Law* (1958) 7 Int’l & Comp. L.Q. 468 at 468 y más recientemente, T. Cottier and J-P Müller, *Estoppel* en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007), ¶¶9-10, online: *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* <<http://www.mpepil.com>>.

¹⁴⁸ *Golfo de Maine (Canadá v. EE.UU.)*, [1984] I.C.J. Rep. 246 pág 305 (“los conceptos de aquiescencia y *estoppel*, ... ambos derivan de los principios fundamentales de buena fe y equidad.”) (traducción libre).

¹⁴⁹ *Amco Asia Corp. v. República de Indonesia*, Laudo sobre Jurisdicción (1983) 23 I.L.M. 351 pág 381 (“el Tribunal es de la opinión de que el mismo principio general se aplica a las relaciones económicas internacionales que implican a partes privadas. Además, el Tribunal considera que, en particular para las solicitudes en las relaciones internacionales, el concepto completo se caracteriza por el requisito de buena fe.”) (traducción libre).

¹⁵⁰ El Magistrado Alfaro en su voto particular en *Temple of Preah Vihear* se refirió al *estoppel* en el derecho internacional como una “inconsistencia entre las reclamaciones o alegaciones planteadas por un Estado, y su conducta previa a ese respecto, no es admisible”: *Temple of Preah Vihear (Camboya v. Tailandia)*, [1962] I.C.J. Rep. 6 pág. 39-51 (Voto Particular del Vicepresidente Alfaro), ¶40.

142. El Tribunal no ve ninguna razón para entrar en detalles sobre este debate, a pesar de lo interesante e importante que pueda resultar. En el corazón del principio de *estoppel*, incluso asumiendo que fuera aplicable, está la noción de que a una parte se le impide alegar una nueva posición que contradiga una postura previa en la que otra parte ha confiado. Como ha manifestado la Corte Internacional de Justicia, el *estoppel* en el derecho internacional requiere:

una declaración o representación hecha por una parte a la otra y la confianza en ella por la otra parte en su perjuicio o en beneficio de la parte que la haya hecho.¹⁵¹

143. En otras palabras, no es suficiente que una parte haya adoptado una conducta inconsistente. También es necesario determinar que la parte contraria estaba al corriente de dicha conducta, confió en ella, y actuó sobre el entendimiento de que la primera parte no se apartaría de la posición original.¹⁵² En el presente caso, la Demandante no puede alegar, de manera que resulte creíble, que confió en la argumentación jurídica de la Demandada, planteada en otro caso, involucrando a otra parte, y que fue rechazada inequívocamente por la Secretaria General de CIADI. Es más, las pruebas indican que el 1 de octubre de 2008, cuando la Demandante presentó su Notificación de Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, sin haberse dirigido ni consultado previamente a CIADI,¹⁵³ no podía haber estado al corriente de los detallados argumentos planteados por Venezuela en el caso *Vannessa Ventures*, dado que el contenido de la carta de Venezuela de 23 de agosto de 2004 sólo se puso a disposición de la Demandante cuando Venezuela aportó una copia de dicha carta en este procedimiento.¹⁵⁴ Por lo tanto, es difícil entender cómo la decisión de la Demandante de iniciar un procedimiento CNUDMI en octubre de 2008 puede verse supuestamente influida por los argumentos planteados en otro procedimiento del que la Demandante no tenía conocimiento.

144. El cambio de posición adoptado por Venezuela es congruente con la decisión de la Secretaria General de CIADI. Si Venezuela hubiera mantenido su anterior argumentación, lo habría hecho a sabiendas de que estaba destinada a fracasar de

¹⁵¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Decisión sobre la Solicitud de Intervención, [1990] C.I.J. Rep. 92 pág. 118. Nicaragua intentó evitar que las otras partes del procedimiento se opusieran a su interés legal en intervenir. (traducción libre)

¹⁵² *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. República de Argentina*, Decisión sobre excepciones preliminares (2006) caso CIADI No. ARB/03/13, ¶159, añadiendo el requisito de que la confianza debe ser perjudicial (“[L]a esencia del principio de preclusión es que una de las partes se haya basado, con perjuicio para ella, en declaraciones de otra parte, de modo que la inversión de la posición previamente adoptada por la segunda parte ocasionaría una grave injusticia a la primera.”)

¹⁵³ CEX-7, Notificación de Arbitraje.

¹⁵⁴ REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

nuevo. Si el Tribunal adoptara la posición defendida por la Demandante, estaría de hecho castigando a Venezuela por adoptar la posición razonable que resulta de tener en cuenta los motivos de la decisión de la Secretaria General de CIADI.

145. A este respecto, existe un asunto distinto, pero relacionado, que el Tribunal siente que debe tratar, teniendo en cuenta la probabilidad de que la Demandante pueda decidir presentar una nueva solicitud de arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. En el caso de que tal solicitud fuera presentada, sería desafortunado que la Demandada adoptara una posición diferente de la que ha planteado en este procedimiento en cuanto a las propiedades de la disputa que es objeto de este caso y que debe ser referida a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Este asunto surgió durante la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2009. En contestación a una pregunta del Tribunal, la Demandada confirmó, sin matiz alguno, que el foro apropiado para la resolución de esta disputa era el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.¹⁵⁵
146. El Tribunal ha tomado nota de la confirmación explícita de la Demandada a este respecto. No existen motivos para creer que la Demandada adoptará una postura diferente en cualquier procedimiento futuro bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, y la Demandante tiene derecho a esperar que se mantenga una posición coherente por la Demandada al comienzo de cualquier procedimiento futuro.

VIII.4 Conclusión

147. Bajo el Tratado, la Demandante tiene derecho a iniciar un procedimiento arbitral bajo el artículo XII del Tratado respecto de cualquier disputa que cumpla los requisitos de dicho Tratado. De la misma manera, la Demandada tiene derecho a esperar que la intención de los redactores del Tratado sea respetada en cuanto a la

¹⁵⁵ Ver transcripción de la audiencia procesal de 30 de septiembre de 2009, págs. 42-44:

ÁRBITRO SANDS: ... Está diciendo que cuando esta demanda se presentó bajo este TBI...¿Venezuela aceptó la jurisdicción sobre la base de que este TBI en relación con esa demanda en el sentido de aceptar que tenía que litigar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario?

SR. GOODMAN: Eso es correcto.

ÁRBITRO SANDS: Entonces, para que conteste a la pregunta, pregunta del millón, y puede que no quiera contestarla, si hubiera sucedido en este caso, ¿qué habría hecho Venezuela?

SR. GOODMAN: No creo que hubiese tenido más opción que aceptarla. El Tratado es claro. [...]

ÁRBITRO SANDS: Entonces, sin perjuicio de cualesquiera otras objeciones jurisdiccionales que pueda tener Venezuela, la posición es que ... [e]stos temas no deberían estar siendo tratados ante la CPA. ¿Estos asuntos deberían estar siendo tratados ante el Mecanismo Complementario de CIADI?

SR. GOODMAN: Eso es correcto. Bueno, no ante el Reglamento CNUDMI. [...]. (traducción libre)

elección del foro apropiado. El Tribunal concluye que el procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba, conforme al significado del artículo XII(4) del Tratado, “disponible” para la Demandante el 1 de octubre de 2008, y que ése era, y todavía es, el foro adecuado ante el que presentar esta disputa. Por esta razón, y sobre la base que la Cuestión Preliminar es más bien un asunto de competencia que de admisibilidad (dado que está relacionado con una condición que limita el consentimiento de las Partes a la competencia del Tribunal),¹⁵⁶ el Tribunal decide que no tiene competencia sobre la reclamación presentada por la Demandante.

148. Será la Demandante la que tendrá que decidir el rumbo que puede desear seguir en el futuro. Es libre de iniciar un procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Este Tribunal no prevé que tal solicitud se encuentre con obstáculos en cuanto a la aprobación o el registro, pero ése es un asunto que en última instancia debe decidir otro órgano. Está claro que la posibilidad de que por alguna razón imprevista o imprevisible la Secretaria General de CIADI pueda proceder a no aprobar el acuerdo de arbitraje ni a registrar la solicitud, no puede excluirse. En tales circunstancias el artículo XII(4) del Tratado daría derecho a la Demandante a iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. La Demandada ha sugerido, que en la tal situación, la Demandante tendría que iniciar un nuevo procedimiento CNUDMI, y solicitar la designación de un nuevo tribunal, ya que según Venezuela existe un defecto en la composición de este Tribunal y tras esta decisión debería convertirse en *functus officio*.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ver *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Ruanda)*, [2006] I.C.J. Rep. 5 pág 39, ¶88 “La Corte recuerda a este respecto que su jurisdicción está basada en el consentimiento de las partes y se circunscribe al alcance aceptado por éstas (ver párrafo 65 *supra*). Cuando el consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un acuerdo internacional, cualquier condición a la que se sujete ese consentimiento debe considerarse como los límites de ésta. Por consiguiente la Corte considera que el análisis de dichas condiciones se refieren a su competencia y no a la admisibilidad de la solicitud (ver *Mavrommatis Palestine Concessions*, Sentencia No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, págs. 11-15; Interpretación del Estatuto de territorio de Memel, Fondo, Sentencia, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 49, págs. 327-328; *Electricity Company de Sofía y Bulgaria*, Sentencia, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, págs. 78-80; *South West Africa (Etiopía v. Sudafrica; Liberia v. Sudáfrica)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1962, págs. 344-346; *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)*, Competencia y Admisibilidad, Sentencia, C.I.J. Reports 1984, págs. 427-429, paras. 81-83; *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua v. Honduras)*, Competencia y Admisibilidad, Sentencia, C.I.J. Reports 1988, págs. 88-90, paras. 42-48 ; *Preguntas sobre la Interpretación y Aplicación de la Convención de Montreal de 1971 que surgen del Incidente aéreo en Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. Reino Unido)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1998, pág. 16, paras. 16-19; pág. 24, paras. 39-40; *Preguntas sobre la Interpretación y Aplicación de la Convención de Montreal de 1971 que surgen del Incidente aéreo en Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. Estados Unidos de América)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1998, págs. 121-122, paras. 15-19; p. 129, paras. 38-39)” (traducción libre).

¹⁵⁷ R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, ¶100.

149. El Tribunal ha considerado las consecuencias de dicha situación, por improbable que sea. El Tribunal ha considerado pormenorizadamente la posibilidad de suspender una decisión sobre la Cuestión Preliminar, teniendo en cuenta otros casos en los que el tribunal arbitral ha decidido suspender el procedimiento (en vez de ponerle fin). En particular, el Tribunal ha identificado un número de precedentes que sugieren que un tribunal arbitral internacional puede decidir suspender un procedimiento antes de adoptar una decisión final y definitiva terminando el procedimiento, en circunstancias en las que otro foro competente tiene competencia sobre una parte de la reclamación.¹⁵⁸ Estos casos, sin embargo, siempre trataban con una situación que es diferente a la que nos encontramos aquí, a saber, una con procedimientos paralelos donde dos instancias habían sido incoadas simultáneamente (o que parecía que iban a ser comenzadas, como en el *Caso MOX Plant*) y un tribunal arbitral se enfrenta entonces a la cuestión sobre si puede – o debe – ejercer su competencia simultáneamente cuando está pendiente la resolución del otro procedimiento. El Tribunal observa que:

- (a) en *SGS v. Filipinas*, por ejemplo, el tribunal arbitral decidió que tenía competencia sobre parte de la reclamación, pero decidió que la demanda no era admisible porque las partes en disputa habían acordado por contrato ir a los juzgados de Filipinas para resolver los asuntos contractuales sobre los que el tribunal había decidido que tenía competencia.¹⁵⁹
- (b) en el *Caso MOX Plant* (Irlanda v. Reino Unido), un tribunal arbitral constituido bajo el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (“CNUDM”) no concluyó que no tenía competencia o que la demanda no era admisible. En cambio decidió que se encontraba ante una situación en la existían “dudas sustanciales” sobre si la competencia del tribunal del Anexo VII podía “establecerse firmemente respecto de todas o algunas de las reclamaciones de la controversia” en la circunstancia en que todas o algunas de las reclamaciones podrían caer bajo la competencia de la Corte Europea de Justicia, con el resultado de que Irlanda no podría, como una cuestión de Derecho comunitario, formular las reclamaciones ante un tribunal arbitral del Anexo VII de CNUDM. En estas particulares

¹⁵⁸ Ver, p.ej., *el Caso MOX Plant (Irlanda v. Reino Unido)*, Orden No. 3 (2003) 42 I.L.M. 1187 (“*Caso MOX Plant*”) en 1199 en *SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas*, Decisión sobre objeciones a jurisdiccionales (2004) Caso CIADI No. ARB/02/06 (“*SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas*”); *SPP v. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción I (1985) Caso CIADI No. ARB/84/3 (“*SPP v. Egipto*”).

¹⁵⁹ *SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas*, ¶169.

circunstancias, el tribunal del Anexo VII suspendió el procedimiento refiriéndose a “consideraciones de respeto mutuo y reciprocidad que deberían prevalecer entre las instituciones judiciales ya que ambas pueden ser utilizadas para determinar los derechos y obligaciones entre dos Estados.”¹⁶⁰

- (c) en *SPP v. Egipto*, un tribunal CIADI rechazó ciertas objeciones a su competencia formuladas por la Demandada pero decidió suspender el procedimiento respecto de otras objeciones a su competencia hasta que el procedimiento ante el juzgado francés “resolviera finalmente” la cuestión sobre si las partes habían decidido someter su disputa a la jurisdicción de la Cámara de Comercio Internacional.¹⁶¹

150. En cada uno de estos casos, es importante recordar que el tribunal arbitral suspendió el procedimiento en circunstancias en las que todavía no había decidido que no tenía competencia, sino que se encontraba con procedimientos paralelos que podrían dar lugar a decisiones contradictorias. El presente caso es diferente: el Tribunal ha decidido sin ninguna ambigüedad que no tiene competencia porque el procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba “disponible” el 1 de octubre de 2008. Habiendo decidido esto, no parece que exista un motivo razonable para que el Tribunal suspenda una decisión sobre jurisdicción en circunstancias en las que ha decidido que no tiene competencia. De esta manera, la distinción entre un asunto de admisibilidad o de competencia puede considerarse correctamente “un asunto de concreta y considerable importancia.”¹⁶² El Tribunal no ha sido capaz de encontrar ninguna fuente que permita un enfoque contrario. Por consiguiente, no dispone realmente de otra opción que proceder a terminar el procedimiento, con excepción del tema de las costas.

151. La Demandante y la Demandada han solicitado al Tribunal que ordene a la parte contraria que abone todos los honorarios y gastos incurridos durante este procedimiento preliminar. El Tribunal decide que cada Parte deberá presentar, dentro de un mes desde la fecha de esta decisión, un desglose detallado de las costas en las que ha incurrido durante el procedimiento hasta, e incluyendo, la fecha de esta decisión. El desglose no debe incluir alegaciones adicionales sobre costas, ya que el Tribunal se encuentra suficientemente ilustrado a este respecto. A continuación, el Tribunal tomará una decisión sobre las costas.

¹⁶⁰ *Caso MOX Plant*, ¶¶26-28.

¹⁶¹ *SPP v. Egipto*, ¶88.

¹⁶² Ver Jan Paulsson, *Jurisdiction and Admissibility* en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005) pág 601.

IX. Decisiones

152. A la vista de los anteriores razonamientos, el Tribunal decide unánimemente que:

1. El Tribunal no tiene competencia sobre las reclamaciones presentadas ante él por la Demandante.
2. Dentro de un mes, desde la fecha de esta decisión, cada Parte presentará un desglose detallado de las costas en las que ha incurrido durante este procedimiento hasta, e incluyendo, el día de la decisión, y a continuación el tribunal emitirá una orden sobre costas.

Este laudo se emite en español e inglés, dando fe por igual cada uno de los textos.

Lugar del Arbitraje: La Haya, Países Bajos

Fecha de la decisión: 22 de abril de 2010

[firmado]

Juan Fernández-Armesto
Presidente del Tribunal

[firmado]

John Beechey

[firmado]

Philippe Sands QC