

OPINIÓN SEPARADA

del

Prof. Georges Abi-Saab

1. Si bien coincido con mis co-árbitros en la parte dispositiva de la decisión de desechar las objeciones jurisdiccionales de la Demandada, basada en el Artículo VI del Tratado, no comparto la mayor parte de las causales (*motifs*) que plantean para llegar a esa conclusión; de ahí, que presente una opinión separada.

2. Más concretamente, no comparto su análisis de la “Interpretación del Tratado” (párrafos 168-200); sin embargo, sí comparto su razonamiento relativo a la “Validez del Consentimiento de la Demandante a Murphy I” (párrafos 201-204), por los siguientes motivos.

I –La Interpretación del Artículo VI del TBI

3. El párrafo 2 del Artículo VI del TBI establece lo siguiente:

“En caso de que surja una controversia de inversión, las partes de la controversia deberán inicialmente buscar una solución mediante consultas y negociación. Si la controversia no se puede arreglar amigablemente, el nacional o la compañía afectados podrán decidir someter la controversia para que sea resuelta, *según una de las siguientes alternativas*:

- a) ante las cortes o los tribunales administrativos de la Parte que sea parte de la controversia; o
- b) De acuerdo con cualquier procedimiento de resolución de controversias aplicable, que se haya acordado previamente; o
- c) De acuerdo con los términos del párrafo 3.” (Énfasis añadido).

A

4. El párrafo 3 del Artículo VI del TBI establece lo siguiente:

“a) En el caso de que el nacional o la compañía afectados no hayan presentado la controversia para que se resuelva conforme al párrafo 2 (a) o (b) y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, el nacional o la compañía afectados podrán escoger dar su consentimiento por escrito para someter la controversia para resolución mediante arbitraje vinculante:

- A
- (i) Ante el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias de Inversión (el “Centro”) establecido por el Convenio para el Arreglo de Diferencias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados , celebrado en Washington, el 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”), siempre que la Parte sea parte de dicho Convenio; o
 - (ii) Ante el Mecanismo Complementario del Centro, si no está disponible el Centro; o
 - (ii) De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o
 - (iv) Ante cualquier institución de arbitraje, o de acuerdo con otras reglas de arbitraje, que puedan acordarse mutuamente entre las partes de la controversia.

b) Una vez que el nacional o la compañía hayan dado su consentimiento, cualquiera de las dos partes de la controversia podrá iniciar el arbitraje de conformidad con la elección especificada en el consentimiento”.

5.El párrafo 3 del Artículo VI no puede leerse aisladamente del párrafo 2 del Artículo VI porque juntos constituyen una entidad lógica continua. El párrafo 3 es una elaboración del párrafo 2(c). Por lo tanto, el párrafo 3 debe interpretarse de acuerdo con el marco planteado en el párrafo 2 que sigue aplicándosele, así como la especie es el detalle del género.

6.Ambos párrafos utilizan la palabra “o” en la lista de los medios jurisdiccionales para resolver controversias que se presentan conforme al Tratado. La palabra “o” casi siempre lleva un significado disyuntivo que significa que la enumeración está entre dos o más alternativas mutuamente exclusivas. La única excepción es cuando se emplea para dar a entender equivalencia:

“conecta dos palabras que denotan la misma cosa, o introduce una explicación de una palabra precedente, etc.; con otra denominación, es decir.”

(*Shorter Oxford English Dictionary*, 6ªed. 2007, vol.2, pág. 2016).

El ejemplo que da el diccionario es: “Un habitante... de los Países Bajos u Holanda”

7.El significado de la palabra “o” nunca ha tenido el efecto acumulativo equivalente a la palabra “y”.

8. Sin tener que recurrir a la expresión compleja “bifurcación en el camino”, el uso de la palabra “o” en el párrafo 2 del Artículo VI es suficiente para indicar que la elección se limita a una de las alternativas enumeradas allí. No es necesaria la frase (en *itálicas*) que se añadió en la oración: “el nacional o la compañía afectados podrán escoger someter la controversia para que sea resuelta *conforme a una de las siguientes alternativas*”. Sin embargo, no carece de “efecto útil” porque sirve de aclaración y prevención, *ex abundantia cautela*, para no dejar ninguna duda.

9. Si se considera, como ya se mencionó más arriba, que el párrafo 3 es una elaboración del párrafo 2 y que queda dentro de su significado, la repetición de la frase preventiva resaltada más arriba, en el párrafo 3, habría sido redundante. No habría tenido ningún “efecto útil” en absoluto, pues la aclaración ya se había hecho en el párrafo 2, del cual, el párrafo 3 no es más que una elaboración.

10. Tampoco tiene asidero el contra argumento de que los dos párrafos no están conectados lógicamente, es decir, que el primer párrafo se refiere a reclamaciones contractuales y que el segundo aborda reclamaciones conforme al tratado. Para que ese argumento sea válido lógicamente, el párrafo 2 no debería haber incluido el subpárrafo (c), el cual establece el vínculo entre los dos y su carácter jurídico y lógico como un todo. No tiene sentido que en ese todo las disposiciones comiencen por limitar la opción para la resolución de controversias, pero terminen ampliándola como cola de pez (*effet queue de poisson*).

11. Respecto a las reglas de interpretación, los tratados no deben interpretarse ni restrictiva ni extensivamente. La interpretación debería aclarar el significado y el efecto jurídicos de las disposiciones, de acuerdo con el significado corriente de las palabras dentro de su contexto, sin añadir ni restar nada del texto.

12. Sostener que mientras el texto del párrafo 3 no prohíbe expresamente escoger más de una alternativa, la regla es que lo que no está prohibido está permitido, va totalmente en contra del significado natural del texto. Pasa totalmente por alto la palabra “o” y su significado disyuntivo, el cual lingüística y lógicamente exige esa prohibición (es decir, que la elección de una alternativa excluye todas las demás).

Interpretar de esa forma, despoja a la palabra “o” de su “efecto útil”. Es más, reescribe el texto reemplazando “o” por su antónimo “y”.

13. La misma objeción se aplica a que se interprete que el párrafo 3 prohíbe optar por más de una alternativa “simultáneamente”, pero no prohíbe optar por más de una alternativa “sucesivamente”, o incluso, que el particular pueda optar por diferentes alternativas sucesivamente “hasta que obtenga una resolución sobre el fondo”. Esas diversas formulaciones disfrazadas de interpretación introducen en el texto matices que no tiene. Es más, vuelven a redactarlo con añadidos

14. Todas esas libertades con el texto quedan fuera de la discreción del juez o del árbitro; a menos, lógicamente, que esté resolviendo *ex aequo et bono*, lo cual solo puede hacerse con el acuerdo de las partes.

15. Finalmente, la misma objeción también se aplica al argumento de la interpretación teleológica. De acuerdo con este argumento, el objeto y la finalidad del tratado, que es la protección de la inversión extranjera, exige que se brinde al inversionista extranjero un foro independiente para resolver sobre el fondo de cualquier controversia que pueda surgir entre él y el Estado receptor.

16. En primer lugar, el objeto y la finalidad de un TBI no solo es proteger los intereses del inversionista extranjero, sino también los del Estado receptor, específicamente respecto de su soberanía, lo que incluye las condiciones y límites que este fije para dar su consentimiento para el arbitraje internacional.

17. Segundo, alegar que el tratado tiene que establecer en todos los casos un foro independiente para resolver sobre el fondo de cualquier controversia que pueda surgir pasa por alto o hace caso omiso de todas las condiciones y limitaciones que el tratado establece para recurrir al arbitraje. Por ende, equivale a reescribir el tratado al introducir en él una obligación de resultado (*obligation de résultat*), que no contiene, que es la obligación de dar en todos los casos un foro que resuelva sobre el fondo. Transforma el tratado en una póliza de seguro mediante un argumento de necesidad (el cual sabemos que no crea ley) de que sin dicha garantía u obligación de resultado, no habrá ningún foro para resolver; lo cual presuntamente es un resultado absurdo. Pero

considerar que eso es un resultado absurdo es en sí absurdo; pues, en el derecho internacional, a diferencia del derecho municipal, la postura predeterminada es la ausencia de un foro competente final, debido al principio fundamental del modo consensuado de la jurisdicción. Esto es particularmente así, cuando, como en el caso presente, a la parte se le brindó la posibilidad, pero la perdió por su propia culpa (al cometer una violación deliberada del tratado a fin de precipitar el proceso).

18. Por los motivos ya expuestos, no comparto el razonamiento de mis co-árbitros sobre la interpretación del Tratado, ya que considero que el párrafo 3 del Artículo VI no brinda al inversionista más de una opción de foro arbitral.

II – La validez del consentimiento de la Demandante para Murphy I

19. En el caso Murphy I, el Tribunal del CIADI no se pronunció sobre la validez de la opción de Murphy de dar su consentimiento al arbitraje del CIADI. Simplemente determinó que carecía de jurisdicción debido a que no se cumplió con la condición precedente del consentimiento del particular para participar en un arbitraje mediante uno de los tres procedimientos establecidos, de que debía transcurrir un lapso de seis meses desde el momento en que surgió la controversia.

20. La condición de las negociaciones previas o el periodo previo de negociaciones así como el de agotamiento de los recursos locales son condiciones de admisibilidad en el derecho internacional general. Sin embargo, cuando se establecen como condiciones en el título jurisdiccional, se convierten en límites a la jurisdicción también, y pueden servir como causales jurídicas de objeciones a la jurisdicción.

21. En los TBI, esas condiciones normalmente están establecidas como condiciones del consentimiento del Estado para participar en el arbitraje. Sin embargo, en el caso presente, el texto introductorio del párrafo 3(a) del Artículo VI es claro al brindar una solución diferente. El texto reza así:

“a) Siempre que... hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, el nacional o la compañía afectados podrá optar por dar su consentimiento... para que se someta la controversia a arbitraje vinculante para su resolución” (énfasis añadido) mediante uno de los tres procedimientos enumerados.

22. Dicho de otro modo, lo que está sujeto a la condición es *el consentimiento para someter a arbitraje mediante la elección de una de las tres alternativas*; es decir, la condición matiza el consentimiento del particular para uno de los tres modos de arbitraje.

23. Esta interpretación se basa en el significado claro del texto y está sustentada por su contexto, específicamente el sub-párrafo (b) del párrafo 3, el cual establece:

*“Una vez que el nacional o la compañía afectados hayan dado **dicho** consentimiento, cualquiera de las dos partes de la controversia podrá iniciar el arbitraje de acuerdo con la opción especificada en el consentimiento”.* (Énfasis añadido.)

24. Esta disposición contempla la separación de dos actos jurídicos: (a) el consentimiento para participar en el arbitraje al optar por un foro de arbitraje; y (b) el inicio del arbitraje ante el foro seleccionado. Esta separación puede ser en relación con el momento del consentimiento y el inicio del arbitraje, y además con el sujeto que puede llevar a cabo el acto (consentimiento dado por un particular; inicio por cualquiera de las dos partes).

25. Es significativo que, en esta disposición, la condición del lapso de seis meses no está ligada al acto de iniciar el arbitraje, sino al consentimiento, como queda implícito por la frase “una vez que el nacional... haya dado *dicho* consentimiento”. La palabra “dicho” obviamente se refiere a que el consentimiento está matizado por las dos condiciones establecidas bajo el párrafo 3(a).

26. Como ya se mencionó, el Tribunal CIADI no declaró que la elección de Murphy de dar su consentimiento al arbitraje del CIADI no fuera válida. Sin embargo, el significado de su decisión es que esa opción de consentir el arbitraje del CIADID, como acto jurídico (*actojuridique*), fue ineficaz porque no produjo el efecto jurídico que se suponía debía lograr. Dicho de otro modo, fue un acto jurídico viciado.

27. Que ese defecto es imputable a la violación o no observancia deliberada de la condición por parte de la Demandante, no cura el vicio del acto jurídico. Sin embargo

puede brindar otra objeción a que se someta nuevamente la controversia ante otro foro, es decir, el principio de que “nadie puede beneficiarse de su propia vileza” (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Pero este último punto, aunque fue planteado por la Demandada, apenas si fue argumentado por las partes.

28. Por los motivos ya presentados sobre el tema de la validez del consentimiento de la Demandante para Muphy I, coincido con la conclusión de mis co-árbitros de que debe desestimarse la objeción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal basándose en el Artículo VI del Tratado.

(Firmado)

Prof. Georges Abi-Saab