

**EN EL CASO DE UN PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES ENTRE LA REPÚBLICA
DOMINICANA Y LA COMUNIDAD DEL CARIBE, Y EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA
CNUDMI (1976)**

En el procedimiento de arbitraje entre

MICHAEL ANTHONY LEE-CHIN

Demandante

y

LA REPÚBLICA DOMINICANA

Demandada

Caso CIADI No. UNCT/18/3

Opinión disidente del Profesor Marcelo Kohen

Índice de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	EL ARTÍCULO XIII DEL TRATADO NO PERMITE AL INVERSIONISTA ELEGIR UNA DE LAS TRES OPCIONES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	3
A.	El Artículo XIII	4
(1)	Sentido corriente de los términos en su contexto.....	5
a.	Primer párrafo del Artículo XIII	5
b.	Segundo párrafo del Artículo XIII	11
c.	Tercer párrafo del Artículo XIII.....	13
d.	Cuarto párrafo del Artículo XIII	15
(2)	El contexto general.....	15
a.	El título del Artículo XIII	15
b.	Comparación de las cláusulas de los Artículos XIII y XIV	16
(3)	Objeto y fin del Tratado	18
(4)	Buena fe	19
(5)	Medios complementarios de interpretación	20
a.	Los trabajos preparatorios.....	21
b.	Las circunstancias de la celebración del Tratado.....	22
i.	Otros TBIs y TLCs celebrados por la República Dominicana	22
ii.	Otros TLCs celebrados por CARICOM	26
iii.	TBIs celebrados por Jamaica.....	28
c.	Conclusión sobre los trabajos preparatorios y los otros TBIs y TLCs celebrados por las Partes	28
d.	Posible modelo seguido para el Artículo XIII.....	29
e.	Conclusión sobre los medios complementarios de interpretación.....	30
B.	Conclusión: El Artículo XIII no otorga al inversionista el derecho de decidir unilateralmente el arbitraje	32
III.	LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA NO OTORGA UNA BASE DE JURISDICCIÓN.....	38
IV.	LA PROTECCIÓN DE LAS LLAMADAS INVERSIONES “INDIRECTAS”.....	40
V.	CONCLUSIÓN	42

I. INTRODUCCIÓN

1. Lamento no poder concurrir con el voto de la mayoría que da lugar al Laudo Parcial sobre Jurisdicción (“Laudo Parcial”). La cuestión en juego es de la mayor importancia en materia de arbitraje internacional. Se trata de la necesidad del consentimiento para que se pueda recurrir a él. Este Tribunal tenía la tarea de interpretar por primera vez la cláusula de solución de controversias entre Estados e inversionistas (“Artículo XIII”) del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones contenido en el Anexo III del Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana y la Comunidad del Caribe (CARICOM) (“el Tratado”). A mi conocimiento, también es la primera vez que un tribunal CNUDMI/CIADI debe interpretar una cláusula redactada de la manera en que lo hace el Artículo XIII.
2. El Demandante invoca la cláusula del Artículo XIII como fundamento de la jurisdicción del Tribunal y, como argumento subsidiario, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo III para el arbitraje CNUDMI. La Parte Demandada invocó dos excepciones jurisdiccionales: que el Artículo XIII no permite a un inversionista accionar directamente el arbitraje internacional y que, de todos modos, el Demandante no es un inversionista directo y por lo tanto su acción se sitúa fuera del alcance del Tratado. La mayoría examinó y rechazó ambas excepciones. En la presente opinión disidente explico mi desacuerdo. Accesoriamente consideraré el argumento subsidiario del Demandante y explicaré porqué la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Tratado tampoco puede fundar la jurisdicción de este Tribunal.

II. EL ARTÍCULO XIII DEL TRATADO NO PERMITE AL INVERSIONISTA ELEGIR UNA DE LAS TRES OPCIONES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

3. Para facilitar la comprensión de mi análisis, repito aquí la cláusula de solución de controversias Estados-inversionistas del Artículo XIII cuya interpretación es objeto de divergencias fundamentales entre las Partes y en el seno mismo del Tribunal:
 1. *Las Controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte, relacionadas con una obligación de esta última bajo el presente Acuerdo en relación con una inversión y que no hayan sido conciliadas de manera amigable después de un período de tres meses a partir de la fecha de notificación de una reclamación escrita, serán sometidas ante las cortes de dicha Parte o ante arbitraje nacional o internacional.*

2. *Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional, el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar referir la misma a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad-hoc, a ser designado mediante acuerdo especial o establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).*
 3. *Ninguna de las Partes otorgará protección diplomática o hará una reclamación internacional en relación con una controversia en la que uno de los inversionistas haya consentido llevar la controversia a arbitraje a menos que la otra Parte, que sí sea parte de dicha controversia, haya faltado a su compromiso de respetar la decisión adoptada por el tribunal de arbitraje. Protección diplomática, para los propósitos de este párrafo, no incluirá intercambios diplomáticos informales con el propósito exclusivo de facilitar una conciliación de la controversia mediante la utilización del tribunal de arbitraje.*
 4. *Las decisiones de los árbitros serán definitivas, obligatorias y no tendrán posibilidad de apelación de parte de la Parte Contratante y el inversionista.*
4. La mayoría sostiene que “la obligación asumida por los Estados de resolver las controversias descritas mediante (entre otras opciones) arbitraje internacional constituye, sin duda alguna, el consentimiento del Estado, para cuya puesta en práctica el primer párrafo debe interpretarse juntamente con su contexto, es decir, con los otros tres párrafos contenidos en el mismo Artículo. En opinión de la mayoría del Tribunal, el consentimiento expresado por las Partes Contratantes en el Tratado se ha perfeccionado ulteriormente con la presentación de la Notificación de Arbitraje (prevista en el Artículo 3 del Reglamento CNUDMI) enviada por el Demandante y recibida por la Demandada”.¹ Pero al final de cuentas, no he encontrado en el Laudo Parcial una explicación de cómo se llega a dicha conclusión. Para mis colegas, “[e]l hecho de que las Partes Contratantes del Tratado hayan consentido a tres opciones no puede significar que no han consentido a ninguna de ellas”.² Pero el problema es que el Estado se obligó a someter las controversias no al arbitraje internacional, sino a una de las tres opciones diferentes que incluyen el arbitraje internacional, pero sin consentir a que el inversionista tenga la facultad de elegir cuál de las tres será utilizada para dirimir la controversia. Si no hay posibilidad de elección unilateral, no hay consentimiento unilateral del Estado que pueda perfeccionarse cuando el inversionista hace su elección. Hace falta un acuerdo ulterior de las partes. Esto no es ninguna novedad ni ninguna exclusividad del Tratado bajo examen, como se verá más abajo.³

A. EL ARTÍCULO XIII

¹ Laudo Parcial, par. 117.

² Laudo Parcial, par. 110.

³ Infra, par. 32.

5. Presentaré a continuación mi interpretación del Artículo XIII siguiendo para ello las reglas de interpretación unánimemente aceptadas, tal como aparecen reflejadas en la Convención de Viena de 1986 (el tratado en cuestión es un tratado celebrado por un Estado con una organización internacional, aunque en nombre y representación de sus Estados entonces miembros).

(1) Sentido corriente de los términos en su contexto

a. Primer párrafo del Artículo XIII

6. El primer párrafo del Artículo XIII establece los sujetos de la controversia, el contenido de la misma, la obligación de notificar por escrito la existencia de una reclamación, un período mínimo de tres meses para intentar resolverla (“conciliarla”) de manera “amigable” y, ante la ausencia de tal arreglo, la obligación de someterla a las cortes de las Partes, al arbitraje nacional o al arbitraje internacional. Tal es estrictamente el contenido de este párrafo, en su interpretación literal. Conuerdo con el Demandante y con mis colegas en el sentido de que existe una obligación de someter la controversia a un arreglo jurisdiccional después de transcurridos los tres meses en que las partes no pudieron solucionarla “amigablemente”. No tengo nada que agregar a la interpretación del Laudo Parcial en cuanto al alcance de la expresión “serán sometidas” (“shall be submitted”). Sin embargo, discrepo con mis colegas sobre el alcance de la obligación allí establecida. Es innegable que el texto no establece quién ni cómo se procederá a la elección de uno de los tres modos de solución jurisdiccional de controversias mencionados. No surge de él que el inversionista puede optar por una de tales opciones e imponerla a la otra parte. No hay oferta de parte del Estado a una de las tres opciones a elección del inversionista, como lo sostiene la mayoría. No hay ya aquí un consentimiento a cualquiera de las tres posibilidades: solo hay una obligación para las partes de resolver la controversia por alguna de las tres opciones. Distinta sería la situación si el Tratado impusiera un solo modo de solución de controversias, como lo establecen los ejemplos de cláusulas compromisorias citadas en el Laudo Parcial para sostener que la expresión “serán sometidas” impone una obligación.⁴ Si hay un solo modo de resolver la

⁴ Por ejemplo, el TBI Reino Unido-Unión Soviética: “Any such disputes which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if either party to the dispute so wishes” (CL-62); TBI Reino Unido/Turkmenistán: “Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four [months] from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes” (CL-58).

controversia, ese es el que debe seguirse.⁵ Si existen varios medios y se establece que la elección del foro incumbe al inversionista o a cualquiera de las partes, tal será la situación. Si existen varios medios y no se estableció la modalidad de su puesta en práctica, ni que una o cualquiera de las partes pueda elegirla unilateralmente, lo normal es que una parte no pueda elegir un medio a su conveniencia. La diferencia es considerable con los tratados bilaterales y multilaterales de inversión que prevén diferentes opciones *y que establecen que la elección puede ser del inversionista o de cualquiera de las partes a la controversia*.⁶ El Artículo XIII no contiene esa posibilidad. Es elemental que, en esta circunstancia, ninguna parte pueda imponer a la otra su elección. Lo contrario implicaría además un potencial conflicto de jurisdicciones imposible de superar si las partes eligieron medios diferentes. El límite del consentimiento de las Partes al Tratado está fijado allí: se obligaron a negociar con los inversionistas cuál de los tres medios de solución será el finalmente elegido cuando surge una controversia y no es posible resolverla “amigablemente” en el plazo dado. No hay nada extraordinario en ello. En el ámbito internacional, numerosos son los tratados que contienen cláusulas de solución de controversias de esta naturaleza.⁷

7. Tanto el Experto nombrado por el Demandante como la mayoría sostienen lo contrario. Mis colegas sostienen que “Para la mayoría del Tribunal, la ausencia de una referencia expresa a cómo el arbitraje debe iniciarse solo puede ser interpretada como una clara confirmación de que ninguna condición adicional es exigida”⁸ Para el Experto nombrado por el Demandante, que es citado en el Laudo Parcial, solo el inversionista podría iniciar un procedimiento judicial o arbitral ya que las controversias que pueden ser sometidas a tales procedimientos son las relacionadas con una obligación de una Parte del Tratado en relación con una

⁵ Obviamente, en el marco de la autonomía de la voluntad, las partes pueden siempre ponerse de acuerdo para seguir otro medio.

⁶ Véanse más abajo los ejemplos de los demás tratados celebrados por la República Dominicana y CARICOM, así como otros, *infra*, par. 52-73.

⁷ Ver *infra*, par. 32. Para citar un ejemplo de una cláusula de solución de controversias entre un Estado y un actor no-estatal: “Resolution of Disputes. 1.Disputes arising out of the application or interpretation of this Declaration of Principles. or any subsequent agreements pertaining to the interim period, shall be resolved by negotiations through the Joint Liaison Committee to be established pursuant to Article X above. 2.Disputes which cannot be settled by negotiations may be resolved by a mechanism of conciliation to be agreed upon by the parties. 3.The parties may agree to submit to arbitration disputes relating to the interim period, which cannot be settled through conciliation. To this end, upon the agreement of both parties, the parties will establish an Arbitration Committee”. (Art. XV, Israel/Organización para la Liberación de Palestina, Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements, 13 de septiembre de 1993, disponible en: <https://mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20principles.aspx>)

⁸ Laudo Parcial, par. 154.

inversión.⁹ Es decir, si surge una controversia es porque un inversionista considera que un Estado no cumplió con su obligación, o dicho de otra manera, no respetó un derecho del inversionista reconocido en el Tratado. Confunden el contenido de la obligación que genera la controversia con la determinación de la jurisdicción para resolver la controversia.

8. El Experto, y la mayoría del Tribunal con él, parecen concluir que lo que ocurre en la generalidad de los casos es suficiente para interpretar una regla en el sentido de significar que lo que ocurre “normalmente” es lo único que puede ocurrir según la regla. Pero el *sollen* y el *sein* no se confunden. Es absolutamente cierto que, en la mayoría de los casos, las controversias entre un Estado y un inversionista extranjero llegan al arbitraje internacional por la acción de este último sobre la base de una cláusula compromisoria contenida en un tratado o contrato, *cuando la cláusula en cuestión así lo permite*. Pero tales controversias pueden también llegar al arbitraje internacional, y han llegado, aunque sean una minoría, por medio de un compromiso o acuerdo bilateral una vez constatada su existencia.¹⁰ Lo mismo ocurre en controversias interestatales, por ejemplo, ante la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. En su enorme mayoría los casos han llegado por vía de demandas unilaterales. Las que han llegado por acuerdo especial (compromiso) también son minoría en estos ámbitos.
9. Para la mayoría, las tres opciones de solución de controversias son “tres puertas” y cualquiera de ellas puede ser abierta solo por el inversionista y a su elección. Según ella, lo más que este primer párrafo contiene como limitación es que “solo una de ellas puede abrirse cada vez”.¹¹ Sin embargo el Tratado no contiene la cláusula comúnmente llamada “*fork in the road*”. El Experto nombrado por el Demandante también puso de manifiesto la ausencia de esta cláusula en el Tratado.¹² La ausencia es coherente con la interpretación aquí seguida: si las partes a la controversia deben aun ponerse de acuerdo sobre cuál de los tres medios de solución será seguido, tal cláusula no es necesaria. Solo por acuerdo de las partes a la controversia se puede utilizar una vía. Para seguir otra, también sería necesario un acuerdo.

⁹ Laudo Parcial, par. 125 y su nota 88 que cita la *Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, par. 13: “*Since Article XIII of Annex III of the Treaty only covers treaty claims by investors against their host state ([d]isputes between an investor of one Party and the other Party concerning an obligation of the latter under this Agreement), it is up to the investor, and the investor alone, to select domestic courts, national arbitration or international arbitration to resolve disputes with the host state*”.

¹⁰ Por ejemplo, *MINE c. Guinea*, 4 ICSID Reports 67, 80; *Swiss Aluminium Ltd. and Icelandic Aluminium Co. Ltd. c. Islandia*, Caso CIADI No. ARB/83/1; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1.

¹¹ Laudo Parcial, par. 134.

¹² Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 33 and 115.

La cláusula “*fork in the road*” sería únicamente posible de considerar si fuera solo una de las partes la que pudiera elegir una u otra de las vías designadas. No es el caso aquí.

10. La mayoría del Tribunal interpreta el Tratado de una manera que afecta gravemente al principio de igualdad de las partes en la solución de controversias. Los mecanismos de solución de controversias deben entenderse como abiertos a ambas partes por igual, a menos que el tratado imponga lo contrario. Ello es aplicable tanto a los tratados relativos a inversiones extranjeras como a los contratos Estado-inversionista en los cuales el mecanismo de solución establecido es el arbitral. En efecto, cuando el arbitraje es el medio de solución de controversias acordado, el Estado renuncia a proseguir las vías administrativas y judiciales domésticas y por consiguiente debe tener una manera de resolver sus diferencias con el inversionista extranjero. Como lo señaló el *Institut de Droit international* en su Resolución de La Haya de 2019, las cláusulas relativas a la solución de controversias Estados/inversionistas deben interpretarse teniendo en cuenta el principio de la igualdad de las partes.¹³
11. Es significativo que el Experto presentado por el Demandante confirmó la posibilidad de que el Estado pueda en este caso ser el iniciador de la vía arbitral, aunque estimó que ello no sería lógico, porque de lo que se trata es de la violación por parte suya de una obligación en virtud del Tratado y por consiguiente, según él, no va a ser el Estado quien inicie la controversia.¹⁴ El Experto tiene razón en lo primero: el Estado puede iniciar el procedimiento arbitral, pero me permito agregar: para ello tiene que proponerlo y ponerse de acuerdo con el inversionista. Su segunda afirmación es una petición de principio. Si surge y se constata la existencia de una controversia, ambas partes pueden tener interés en resolverla. En el ámbito de inversiones extranjeras, en lo que hace al Estado, ello hace no solo al deseo de resolver la controversia en sí, sino también al impacto que controversias abiertas con inversionistas extranjeros puedan tener en la toma de decisiones de potenciales futuros inversionistas extranjeros. Si ello no fuera así, no podría explicarse porqué Estados que son objeto de reclamaciones contra ellos aceptan llevar sus controversias a arbitraje o a la justicia internacional por vía de compromisos o acuerdos especiales. Tampoco podría explicarse

¹³ Resolution “Equality of Parties before International Investment Tribunals”, “Art. 2 (1): Both the State and the investor are equally entitled to submit a claim in relation to an investment to a tribunal, subject to the terms of the instrument of consent, interpreted in accordance with the principle of the equality of the parties. (2) No State is obliged to submit its claim against an investor to a tribunal, unless it gives its consent and elects to do so. Otherwise, a State remains entitled to use the rights and remedies provided by its own national legal system in order to pursue such a claim before its own courts”. Disponible en: <https://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/09/18-RES-EN.pdf>

¹⁴ Tr. Día 2, Original inglés, 400:7-21.

porque muchos tratados de inversiones dejan abierta la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional tanto a los Estados como a los inversionistas.

12. Examinaré más en detalle el argumento principal de la mayoría, coincidente con la opinión del Experto nombrado por el Demandante. Preguntado por qué sería el inversionista la única parte que podría decidir cuál de las tres opciones del párrafo primero debiera usarse para resolver la controversia, el Experto nombrado por el Demandante afirmó: “the reason for that is because the Clause is worded very restrictively, unlike the Cuba-CARICOM FTA that I had up a moment ago where it covers any dispute concerning an investment. The jurisdictional clause here is limited to disputes between an Investor and the State concerning an obligation of the State under this Agreement”.¹⁵ Cuando pregunté al Experto sobre por qué el Estado, después de haber recibido una reclamación y haber constatado que existe una controversia con un inversionista que se rige por un tratado internacional y que es relativa a sus propias obligaciones, no podría someter tal controversia a un arreglo jurisdiccional, su respuesta fue: “No. I think if –I think it’s a hypothetical – it’s theoretically possible, but I cannot imagine a State initiating a case against itself or saying ‘Please, Tribunal, look at whether I have breached the Treaty’. There has to be a Claimant, and the Claimant would be an Investor. That’s also what the first paragraph says”.¹⁶
13. El Laudo Parcial sigue la misma línea de razonamiento: “dado que los inversionistas no han otorgado ningún acuerdo para arbitrar, la oferta anticipada para arbitrar solo puede provenir del Estado. Por esta obvia razón, se entiende que la única parte que es capaz de comenzar un arbitraje inversionista-Estado bajo el Artículo XIII es el inversionista (cuyos derechos habrían sido vulnerados). Por lo tanto, es el inversionista (y solo el inversionista) quien está facultado por el Artículo XIII para elegir el arbitraje internacional entre las tres opciones ofrecidas”.¹⁷
14. Conuerdo con mis colegas que “los inversionistas” no han otorgado ningún acuerdo para arbitrar. Es obvio que en un tratado bilateral los inversionistas no pueden otorgar consentimiento a nada. Quienes deciden los derechos de los inversionistas que son protegidos y la manera de dirimir controversias entre las Partes y los inversionistas son exclusivamente los Estados (y en su caso, las organizaciones regionales Partes a los tratados).

¹⁵ Tr. Día 2, Original inglés, p. 395, 7-13.

¹⁶ Tr. Día 2, Original inglés, p. 400, 15-21.

¹⁷ Laudo Parcial, par. 97. Ver también pars. 114 y 134.

Las Partes pueden así delimitar el campo de acción jurisdiccional del inversionista y de las Partes mismas. Pueden imponer como único recurso para una u otra de las partes a la controversia el arbitraje internacional, en cuyo caso ni el inversionista ni el Estado tienen elección. La única elección que tendrían sería la decisión de recurrir o no al único medio de solución de controversia disponible. Si el inversionista decide recurrir al arbitraje, más que “consentir” a él, está ejerciendo el derecho de utilizar el único medio de solución de controversias que los Estados (u organizaciones regionales competentes) le han establecido. En nuestro caso, sin embargo, lo que las Partes establecieron es diferente. De lo que se trata es de determinar el alcance del marco de solución de controversias que las Partes al Tratado han fijado.

15. El primer párrafo no dice que tiene que haber un demandante y menos que éste tiene que ser el inversionista. Lo que el párrafo afirma es que la controversia es relativa a una obligación de una Parte del Tratado relativa a una inversión y que una reclamación a este respecto debe dirigirse por escrito. Luego se abre un período de tres meses en el que las partes pueden “conciliar” la controversia amigablemente. Naturalmente, ello incluye la posibilidad de establecer cómo la van a arreglar. El Experto mencionó que en el período de tres meses para “conciliar” la controversia las partes podrían ponerse de acuerdo para llevar el caso a un tribunal arbitral internacional, pero que ello no era para él indispensable.¹⁸

16. En materia de arbitraje internacional, cualquiera sea la naturaleza de las partes, lo que no es indispensable es que la controversia sea sometida unilateralmente y que haya siempre un demandante y un demandado. Habrá una parte que avanzará una reivindicación contra la otra, por eso existe una controversia. Habrá pues un “reclamante” y un “reclamado” (y esto a veces puede ser mutuo) pero hay casos en que no hay “demandante” y “demandado” porque el caso llegó por vía de un acuerdo especial (compromiso).¹⁹ Puede que sea una de las partes a la controversia quien proponga el arbitraje. Ello no significa automáticamente que ésta tenga el derecho de iniciarlo sin más. Uno de los casos más resonantes y emblemáticos en la historia del arbitraje internacional de inversiones, *Aminoil/Kuwait*, fue

¹⁸ Tr. Día 2, Original inglés, p. 395, 14-22.

¹⁹ Es interesante remarcar la manera en que la Corte Internacional de Justicia se refiere en inglés a las partes a la controversia cuando ésta llega a la Corte por vía de Demanda: se trata de “Applicant” (no “Claimant”) y “Respondent”. También la manera en que se diferencian los títulos de los casos en los que hay un Demandante y un Demandado (“A v. B”) y en los casos en que no los hay (“A/B”).

sometido a un tribunal internacional por vía de compromiso.²⁰ Por lo expuesto, la inferencia según la cual como la controversia es relativa a una obligación del Estado solo el inversionista puede iniciar el procedimiento no es procedente. Por lo demás, no se ve dónde en el párrafo primero puede leerse una “oferta incondicional” del Estado parte al Tratado a que sea el inversionista quien decida cuál de las tres vías deberá seguirse para resolver la controversia.

b. Segundo párrafo del Artículo XIII

17. El segundo párrafo del Artículo XIII establece lo que ocurre o puede ocurrir “cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional”. Para la mayoría, “[e]l segundo párrafo del Artículo XIII, concretamente, establece lo que sucede cuando se opta por iniciar un arbitraje internacional”²¹ Según ella, “Los términos incluidos en la frase ‘Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional’” (*Where the dispute is referred to international arbitration*), tomados en su sentido corriente, indican sin ambages, clara y directamente, que todo el contenido del segundo párrafo se circunscribe al supuesto en el cual la parte demandante elige dicha opción”.²² El Experto nombrado por el Demandante fue más cauto. Según él, “the language in Article XIII, paragraph 2, may not be a model of absolute clarity and the text could have been drafted in a simpler fashion”.²³
18. En realidad, lo que este párrafo hace “concreta” y “claramente” es simplemente examinar la situación cuando de las tres opciones existentes, es la del arbitraje internacional la que es seguida. No establece *cómo* la controversia es referida ante arbitraje internacional, solo regula el escenario *cuando* esto sucede. En ninguna parte del texto se establece el modo de ponerlo en marcha, solo regula la situación si lo que se pone en marcha es el procedimiento arbitral internacional. Menos aún surge del texto que una de las partes pueda referir unilateralmente la controversia al arbitraje internacional.
19. Para explicar el alcance del párrafo segundo, cabe preguntarse por qué este párrafo regula específicamente el arbitraje internacional y no las otras dos opciones del párrafo primero. La

²⁰ V. la Convención de arbitraje del 23 de junio de 1979: Arbitration Tribunal: Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil), 24 March 1982, International Legal Materials, 21 (5), pp. 979-981.

²¹ Laudo Parcial, par. 144.

²² Laudo Parcial, par. 152.

²³ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 23.

razón es simple y clara de entender y así lo afirma el Laudo Parcial²⁴: si el procedimiento de solución de controversia seguido es el de las cortes nacionales o el del arbitraje nacional, es la legislación nacional la que regula ya sea cuál es el tribunal competente o la manera en que el tribunal arbitral será constituido, así como las reglas de procedimiento a seguir o a establecer. En el marco del Artículo XIII, solo es necesario determinar la manera en que el tribunal arbitral internacional será designado y cuáles serán las reglas procesales a seguir cuando es la tercera de las opciones de solución de controversias la que es seguida.

20. Después de mencionar “cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional” el texto prosigue señalando que “el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar”.²⁵ Es significativo que inmediatamente después de la referencia temporal del momento en que la controversia es referida ante arbitraje internacional el texto mencione *el acuerdo de partes*. El verbo es utilizado en el presente: “cuando la controversia *es referida* ante arbitraje internacional”. Es en ese momento en que “el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar”. Para justificar su punto de vista según el cual el inversionista *eligió antes* e impuso el arbitraje internacional, el Experto interpreta el segundo párrafo cambiando el tiempo de verbo: “Indeed, paragraph 2 of Article XIII is delinked from paragraph 1 and by its very terms assumes that the dispute has *already been referred* to international arbitration (“[w]here the dispute is referred to international arbitration”).²⁶ Ciertamente, el texto utiliza en castellano el verbo “poder” en el futuro (“may” en inglés) cuando se refiere a “acordar”, lo que significa que puede que haya acuerdo o no entre las partes. Pero ese acuerdo o desacuerdo se refiere a la opción entre la designación de un árbitro (único) o de un tribunal arbitral *ad hoc* cuando lo que se decide es el medio arbitral internacional de solución de la controversia.
21. Conuerdo con la interpretación del Demandante y de mis colegas sobre el sentido del resto del párrafo (“a ser designado mediante acuerdo especial o establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”): si no hay acuerdo entre las partes en cuanto a la elección de un árbitro único o de un tribunal, son las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI las que se aplican. Ello demuestra también que las Partes al Tratado saben cómo redactar una opción por defecto cuando

²⁴ Laudo Parcial, par. 151.

²⁵ El texto inglés del Tratado utiliza “where” para significar el español “cuando” (“Where the dispute is referred to international arbitration...”). Ello no altera el sentido del párrafo. El término “where” no designa aquí lugar sino momento.

²⁶ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 40.

desean incluirla. No lo hicieron en el primer párrafo. Nada dice sobre un procedimiento a seguir si no hay acuerdo en cuanto a la elección de uno de los tres medios de solución de controversias establecidos.

22. Del texto del párrafo segundo no surge que sea el inversionista quien tenga la capacidad de elección del arbitraje internacional. Tampoco dice el texto que el acuerdo de someter la controversia al arbitraje internacional se perfeccionaría con la elección unilateral del inversionista. El hecho de que “el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar” un árbitro único o un tribunal “cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional” indica que, en el momento de referir la controversia al arbitraje internacional, la acción es más bien colectiva (las partes) y no individual. Nada en el párrafo segundo indica que sea el inversionista quien tenga la capacidad de elección del medio arbitral internacional. La conclusión que sigue es coherente con la del párrafo primero: no había en él una oferta inmediata de ir al arbitraje internacional, no hay en el párrafo segundo una posibilidad para el inversionista de aceptar una inexistente oferta de arbitraje internacional.

c. Tercer párrafo del Artículo XIII

23. El tercer párrafo regula la cuestión de la protección diplomática. Establece que ninguna de las Partes otorgará protección diplomática “cuando uno de sus inversionistas haya consentido llevar la controversia a arbitraje”. El párrafo no distingue entre una de las dos opciones de arbitraje existentes: el nacional o el internacional. El párrafo excluye el *otorgamiento* de la protección diplomática, es decir se refiere a la situación en la cual el inversionista la requiere al Estado de su nacionalidad y el Estado no la otorga. Surge de este párrafo que el otorgamiento de la protección diplomática es posible en el caso de que el procedimiento de solución de la controversia sea el de las cortes nacionales.
24. La diferencia de trato entre el arbitraje nacional o internacional y las cortes nacionales se explica fácilmente: las cortes nacionales son órganos del Estado, los tribunales arbitrales, sean nacionales o internacionales, no lo son. El tercer párrafo fija la regla del no otorgamiento de protección diplomática si se recurre al arbitraje y establece la excepción: si la Parte al Tratado no cumple con la decisión del tribunal de arbitraje o si las Parte del Tratado proceden a intercambios informales para facilitar una conciliación sirviéndose del tribunal arbitral.

25. Al margen de la cuestión de la protección diplomática, lo único que se desprende de este párrafo en cuanto a las opciones de arbitraje es que el consentimiento del inversionista es necesario, sin él no puede haber arbitraje. La mayoría sin embargo entiende que el tercer párrafo del Artículo XIII “toma el consentimiento del inversionista como un acto unilateral (que sigue al consentimiento expresado por el Estado) sin mencionar ni sugerir que el mismo deba ser producto de un acuerdo adicional”.²⁷ Me pregunto por qué este párrafo debiera mencionarlo o sugerirlo, si trata simplemente de la cuestión de la protección diplomática y de su procedencia o no.
26. Examinemos sin embargo el argumento. Para la mayoría, el “acto unilateral” del inversionista es su Notificación de Arbitraje, que sería en respuesta al pretendido consentimiento anticipado del Estado. De nuevo, lo que puede ser una posibilidad y ocurre en la práctica *cuando el tratado o contrato lo permite*, es considerado aquí como axioma aplicable. Es necesario examinar concretamente el contenido del párrafo tercero.
27. Este párrafo se refiere a la posible protección diplomática del inversionista y la excluye cuando éste consintió en llevar la controversia a arbitraje. Nada dice sobre cómo tal consentimiento se manifestó. En un sentido, todo consentimiento, como manifestación de la voluntad de un sujeto, es un “acto unilateral”. La *expresión del consentimiento* puede sin embargo manifestarse tanto mediante un acto unilateral (un instrumento de ratificación, una nota al co-contratante) como en un acto único (la firma de todas las partes en un tratado o en un contrato). No se desprende del tercer párrafo que la manifestación del consentimiento del inversionista se haga necesariamente por un acto unilateral y no pueda ser expresada en un acto único, esto es, un acto en el que se manifieste el acuerdo de las dos partes de la controversia. El tercer párrafo tampoco permite desentrañar el derecho del inversionista a elegir unilateralmente el arbitraje internacional e imponérselo así al Estado.
28. En realidad, el texto del párrafo tercero solo habla del consentimiento del inversionista, no dice ni sugiere en absoluto si ese consentimiento se expresa unilateralmente o por medio de un acuerdo. No hay ninguna necesidad lógica para hacerlo. Nuevamente la mayoría procede a un juicio enunciativo sin demostrar que es el inversionista quien tiene el atributo de elegir cuál de los tres medios de solución de la controversia con el Estado será el utilizado.

²⁷ Laudo Parcial, par. 126.

d. Cuarto párrafo del Artículo XIII

29. El cuarto párrafo del Artículo XIII se refiere al carácter obligatorio y definitivo de las decisiones arbitrales. Aquí también, a diferencia de lo que sucede con las cortes nacionales en el que el carácter obligatorio de la decisión y la manera en que llega a ser definitiva están establecidos por la legislación nacional respectiva, era necesario fijar en el Tratado el carácter obligatorio de las decisiones arbitrales. Como tal, este párrafo no es de utilidad para determinar si el Estado ha dado su consentimiento previo y si el inversionista puede unilateralmente decidir llevar una controversia al arbitraje internacional.

(2) El contexto general

30. Analicé arriba los términos del Artículo XIII en su contexto inmediato, es decir, tomé en consideración las frases y los párrafos en su conjunto y no las palabras aisladamente. El ejercicio no dio por resultado que de este artículo surge un consentimiento del Estado a que sea el inversionista quien decida cuál de los tres medios de solución de controversias será el que la resuelva. Examinaré ahora el contexto más general, que incluye el título del Artículo, el artículo inmediatamente posterior, que también contiene una cláusula de solución de controversias, esta vez entre las Partes al Tratado y, de manera más general aún, el Acuerdo de Libre Comercio CARICOM-República Dominicana y su Anexo relativo a la protección de inversiones, en el que se encuentra el artículo de marras.

a. El título del Artículo XIII

31. El Artículo XIII lleva como título “Solución de controversias entre un inversionista y una parte contratante”. Según el Laudo Parcial, el propio título del Artículo XIII “conduce a pensar que todas sus disposiciones tienen que haber sido redactadas para permitir la ‘solución de las controversias entre un inversionista y una Parte Contratante’”.²⁸ Pero “permitir” no significa que tal objetivo haya sido logrado o pueda lograrse o que las partes al fin de cuentas hayan hecho lo necesario para llegar a tal fin. Todo depende de la eficacia de los medios elegidos y del carácter compulsivo o no de los mismos.
32. Numerosos son los tratados que se refieren a la “solución de controversias” pero que contienen mecanismos que no permiten en última instancia solucionarlas si las partes a la controversia no deciden luego seguir un medio eficaz para lograrlo. Sería ocioso mencionar

²⁸ Laudo Parcial, par. 96.

una lista de tratados bilaterales o multilaterales en que los medios judiciales o arbitrales de solución de controversias solo pueden utilizarse si las partes a la controversia así lo deciden ulteriormente.²⁹ Así son los tratados que contienen cláusulas de solución de controversias que se refieren al arbitraje u otro medio jurisdiccional con fórmulas *opt-in* u *opt-out*. Es decir, para que se recurra al arbitraje o al arreglo judicial la cláusula no es suficiente, hace falta un paso más (acción u omisión) para que el Estado acepte o no ir ante un tribunal arbitral o judicial.³⁰ O aquellos tratados que ni siquiera consideran la posibilidad de seguir medios obligatorios conducentes a decisiones obligatorias. Un estudio pormenorizado podría demostrar que ambos tipos de tratados son mayoría. Obviamente, también hay tratados que contienen mecanismos compulsivos de solución judicial o arbitral de las controversias. La conclusión que surge es simple: el título por si solo no brinda pauta alguna para la determinación del alcance del consentimiento de las Partes al Tratado o para la determinación de quién puede elegir uno de los tres medios de solución de controversias designados en el Artículo XIII.

b. Comparación de las cláusulas de los Artículos XIII y XIV

33. Resulta útil comparar las dos cláusulas de solución de controversias del Tratado, la relativa a controversias entre un Estado y los inversionistas de otro Estado (Artículo XIII) y la relativa a las controversias entre los Estados Parte (la República Dominicana y los Estados

²⁹ Me contentaré con citar la cláusula de un acuerdo del que se habla mucho en este período de pandemia: el Reglamento Sanitario Internacional:

“Artículo 56. Solución de controversias

1. En caso de que se produzca una controversia entre dos o más Estados Partes acerca de la interpretación o la aplicación del presente Reglamento, los Estados Partes en cuestión tratarán de resolverla en primer lugar negociando entre ellos o de cualquier otra forma pacífica que elijan, incluidos los buenos oficios, la mediación o la conciliación. De no llegar a un entendimiento, las partes en disputa no estarán eximidas de seguir tratando de resolver la controversia.

2. En caso de que la controversia no se solucione por los medios descritos en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Partes en cuestión podrán acordar que se someta al Director General, quien hará todo lo posible por resolverla.

3. Todo Estado Parte podrá en cualquier momento declarar por escrito al Director General que reconoce como obligatorio el arbitraje para la solución de todas las controversias relativas a la interpretación o la aplicación del presente Reglamento en las que sea parte, o de una controversia concreta frente a otro Estado Parte que acepte la misma obligación. El arbitraje se realizará de acuerdo con el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados vigente en el momento en que se formule la petición de arbitraje. Los Estados Partes que hayan acordado reconocer como obligatorio el arbitraje aceptarán el laudo arbitral con carácter vinculante y definitivo. El Director General informará a la Asamblea de la Salud acerca de dicha medida, según proceda.

4. Ninguna disposición del presente Reglamento menoscabará los derechos de que gocen los Estados Partes en virtud de un acuerdo internacional en el que puedan ser partes a recurrir a los mecanismos de solución de controversias de otras organizaciones intergubernamentales o establecidos en virtud de un acuerdo internacional.

5. En caso de que se produzca una controversia entre la OMS y uno o más Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación del presente Reglamento, la cuestión será sometida a la Asamblea de la Salud”.

³⁰ Véase por ej. A. Kedgley Laidlaw y S. Kang, *The Dispute Settlement Mechanisms in Major Multilateral Treaties*, National University of Singapore, Centre for International Law Working Paper 18/02 (2018) (disponible en: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/10/NUS-CIL-Working-Paper-1802-The-Dispute-Settlement-Mechanisms-in-Major-Multilateral-Treaties.pdf>), pars. 100-113.

miembros de CARICOM) (Artículo XIV). Esta última establece que “si una controversia entre las Partes no es conciliada de la manera expuesta anteriormente, será remitida, *a solicitud de cualquiera de las Partes*, ante un tribunal de arbitraje”.³¹

34. Existe una distinción neta entre la manera en que se puede llegar al arbitraje en uno y otro caso. Para la mayoría, el Artículo XIV confirma “la asunción por parte de los Estados de que el único escenario contemplado en el Artículo XIII es el de la presentación de una demanda de arbitraje por un inversionista”.³² Según mis colegas, en el arbitraje inter-estatal cualquiera de las dos partes podría iniciar el procedimiento, mientras que, en el arbitraje entre un Estado y un inversionista, solo este último puede iniciarlo. En las controversias entre Estados, afirma el Laudo Parcial, “resulta lógico que el arbitraje pueda ser iniciado por cualquiera de las Partes Contratantes que se han comprometido mutuamente a resolver sus controversias de este modo”.³³ No se entiende entonces porqué lo que “resulta lógico” en un caso en el que además se menciona un solo medio de solución sin opciones, *necesita una mención expresa* (“será remitida, *a solicitud de cualquiera de las Partes*, ante un tribunal de arbitraje”), mientras que en el otro caso, en el que además existen tres opciones diferentes de solución de controversias, no sería “lógico” precisar quién o quiénes pueden remitirla a una de tales opciones.
35. La explicación dada en el Laudo Parcial no es convincente. En el Artículo XIV no hay opciones, se debe ir a arbitraje. Y se establece que la controversia será remitida por cualquiera de las Partes al tribunal arbitral. Si se aplica la interpretación del Artículo XIII hecha por la mayoría al Artículo XIV, la frase “a solicitud de cualquiera de las Partes”, sería superflua en este último. En efecto, bastaría con afirmar “[s]i una controversia entre las Partes no es conciliada de la manera expuesta anteriormente, *será remitida ante un tribunal de arbitraje*” para que ya exista consentimiento al arbitraje y para que una u otra de las partes a la controversia lo inicie.
36. La fórmula “a solicitud de cualquiera de las Partes” indica claramente la situación y no ofrece duda alguna que no hace falta nada más para que una de las Partes pueda comenzar el procedimiento arbitral. Las Partes al Tratado sabían cómo redactar una cláusula de solución de controversias en la que se preestablece que una sola de las partes a la misma puede referirla

³¹ Énfasis agregado.

³² Laudo Parcial, par. 124.

³³ Laudo Parcial, par. 133.

a arbitraje. Contrariamente a la opinión de la mayoría, la diferencia notable entre los textos de los Artículos XIII y XIV confirma que en el primero una sola de las partes a la controversia no puede elegir uno de los tres medios de solución establecidos.

(3) Objeto y fin del Tratado

37. El Laudo Parcial se refiere al objeto y fin del Artículo XIII, que sería precisamente la solución de controversias entre inversionistas y Estados Parte.³⁴ Ya me referí al hecho de que ello solo no determina que sea una de las partes a una controversia quien tenga la facultad de elección del modo de solución de controversias.
38. El Tratado es un “acuerdo de promoción y protección recíprocas de las inversiones”. No contiene preámbulo. El Artículo II define tales objetos y fines y menciona que “cada una de las Partes, dentro de su propio territorio, promoverá, hasta donde le sea posible, las inversiones realizadas dentro de su territorio por inversionistas de la otra Parte, y admitirá dichas inversiones, de acuerdo con sus leyes”. El Artículo VIII establece que “[l]as Partes proveerán medios y procedimientos adecuados para la realización de reclamaciones y para hacer valer los derechos relacionados con las inversiones y los convenios de inversión”. Para el Experto nombrado por el Demandante, este artículo

“is hard to square with a reading that under Article XIII a host state could block or nullify its consent to international arbitration in paragraph 1 by exercising an alleged right to disagree with UNCITRAL Arbitration Rules under paragraph 2. All 11 BITs in force today for the Dominican Republic provide for ex ante consent to international arbitration -- including, each time, arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules -- without such right to block appointment procedures. Not doing the same for a closer integration treaty such as the present FTA would be inapposite and, one would expect, have warranted much clearer treaty text”.³⁵

39. Esta interpretación presenta dos problemas fundamentales. El primero es que presupone la existencia del consentimiento directo al arbitraje internacional en el párrafo primero del Artículo XIII, que es lo que hay que demostrar. El segundo es que formula un juicio de valor metajurídico al comparar el Tratado República Dominicana/CARICOM y los otros TBI que contienen un consentimiento *ex ante* al arbitraje internacional. Si los otros TBI contienen

³⁴ Laudo Parcial, par. 152: “la solución de controversias que puedan producirse entre un inversionista y una Parte Contratante del Tratado constituye el objeto y el fin del Artículo XIII. Estas consideraciones no implican que la mayoría del Tribunal estime que la redacción del Artículo XIII sea perfecta. Sin embargo, ninguna interpretación de buena fe de la frase en cuestión, del párrafo segundo y del Artículo XIII en general, puede soslayar que dichos textos han sido redactados para permitir, y no para impedir, la solución de las controversias”.

³⁵ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 70.

fórmulas inequívocas de aceptación anticipada del arbitraje internacional y el Tratado en cuestión en este caso contiene una fórmula diferente, ello manifiesta más bien lo contrario de lo que sugiere el Experto nombrado por el Demandante. Debe haber una razón por la cual se encuentra precisamente esta excepción. La decisión de la Demandada de tener un régimen diferente para con sus vecinos inmediatos es una decisión de naturaleza política que no corresponde al Tribunal evaluar.

40. Por lo expuesto, no surge del objeto y fin del Tratado que el Artículo XIII debe interpretarse en el sentido de otorgar un derecho al inversionista de decidir cuál de los tres medios de solución de controversias que establece en el Artículo XIII deberá ser seguido.

(4) Buena fe

41. La regla del Artículo 31 de la Convención de Viena de 1986 y la regla general de interpretación existente en derecho internacional general imponen interpretar los tratados de buena fe. Es la primera mención que aparece. Efectivamente, es una idea básica no solo para la interpretación de tratados sino para el relacionamiento social en general.
42. El Laudo Parcial se refiere frecuentemente a la interpretación de buena fe de diferentes párrafos del Artículo XIII para confortar la argumentación desarrollada.³⁶ No resulta claro si la buena fe agrega algo al razonamiento seguido o si se da a entender que otra interpretación no sería de buena fe.
43. Concuero con el Laudo Parcial cuando afirma que “así como no está permitido modificar el texto y agregar nuevas obligaciones, tampoco está permitido privar a las palabras de su sentido corriente. Dicho sin rodeos, así como no se puede agregar el consentimiento, tampoco puede borrarse”.³⁷ El problema es que la mayoría no indica qué palabras serían privadas de su sentido corriente o borradas si se sigue una interpretación diferente de la suya. Al final de cuentas, es el Laudo Parcial el que agrega una nueva obligación que no surge del Tratado.
44. Por mi parte, no creo que la referencia a la buena fe contribuya por si sola a esclarecer el contenido del Artículo XIII. Como lo dijo el tribunal arbitral en su laudo de 1985 relativo a la *Delimitación Marítima Guinea/Guinea Bissau*, después de haber recordado que las dos partes

³⁶ Laudo Parcial, pars. 127, 141, 152, 156, 165 y 173.

³⁷ Laudo Parcial, par. 143.

reconocen sin restricción la regla de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“Cependant les interprétations qu'elles ont données dans leurs mémoires et débattues dans leurs plaidoiries, avec suffisamment de motifs pour que rien n'autorise un tribunal international à y voir autre chose qu'une manifestation de leur entière bonne foi, ont abouti à des conclusions finales divergentes”.³⁸

45. Una interpretación de buena fe requiere ser razonable. El principio de la igualdad de las partes, el respeto de la regla según la cual sin consentimiento no hay jurisdicción, el hecho de que tres opciones diferentes de solución de controversias fueron consideradas por las Partes al Tratado sin que ninguna tenga prioridad y sin que se haya establecido explícitamente quién tiene el derecho de elegir una de tales opciones militan en favor de considerar la interpretación aquí propuesta.

(5) Medios complementarios de interpretación

46. Las Partes a la controversia y el Tribunal reconocen que se puede acudir a medios de interpretación complementarios como los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del Tratado, como lo menciona el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986, tanto para confirmar la interpretación que resulta de la regla general de interpretación tal cual se expresa en el Artículo 31 de la misma Convención, o para determinar el sentido de la interpretación si la interpretación hecha según tal regla deja el sentido ambiguo u oscuro o conduce a un resultado absurdo o irrazonable. Es de lamentar que la mayoría haya decidido no recurrir a tales medios complementarios, porque estima que su interpretación sobre la base del primer párrafo del Artículo 31 es suficiente.³⁹ Considero que no es así. Sobre todo cuando mis colegas estimaron necesario aclarar que sus consideraciones “no implican que la mayoría del Tribunal estime que la redacción del Artículo XIII sea perfecta”.⁴⁰
47. La mejor práctica en la materia es la de la Corte Internacional de Justicia. En casos en que consideró que su interpretación sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 era suficiente, no dudó sin embargo en recurrir a los medios complementarios para

³⁸ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Laudo Arbitral, 14 de febrero de 1985, Reports of International Arbitral Awards, vol. XIX169, par. 46

³⁹ Laudo Parcial, par. 198.

⁴⁰ Laudo Parcial, par. 152.

confirmar su interpretación.⁴¹ A diferencia del Laudo Parcial, los párrafos siguientes proceden a la utilización de tales medios complementarios.

a. Los trabajos preparatorios

48. El Laudo Parcial no examina los trabajos preparatorios que estuvieron disponibles en el asunto. Conuerdo con mis colegas en que el testimonio del Embajador Hylton, integrante de la delegación de Jamaica en la negociación del Tratado y de otros similares, no aportó nada relevante,⁴² aunque no considero que tal prueba testimonial pueda considerarse como parte de los trabajos preparatorios.
49. Los trabajos preparatorios disponibles demuestran que la República Dominicana no propuso una cláusula de solución de controversias Estado-inversionista y quien lo hizo luego fue CARICOM.⁴³ Su propuesta fue la siguiente:

“Settlement of Disputes Between an Investor and a Contracting Party

- (1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to the courts of that Contracting Party or to international arbitration.
- (2) Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:
 - (a) International Convention for Settlement of Investment Disputes (I.C.S.I.D.)

⁴¹ “The Court considers that it is not necessary to refer to the *travaux préparatoires* to elucidate the content of the 1955 Treaty; but, as in previous cases, it finds it possible by reference to the *travaux* to confirm its reading of the text” (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1994, p. 27, par. 55); “In view of the foregoing, the Court does not consider it necessary to resort to supplementary means of interpretation, such as the *travaux préparatoires* of the 1891 Convention and the circumstances of its conclusion, to determine the meaning of that Convention; however, as in other cases, it considers that it can have recourse to such supplementary means in order to seek a possible confirmation of its interpretation of the text of the Convention” (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, p. 653, par. 53); véase también *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 21, par. 40 y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 175, par. 95.

⁴² Laudo Parcial, par. 78.

⁴³ Réplica sobre Jurisdicción, pars. 62-63; Dúplica sobre Jurisdicción, par. 41.

(b) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law”.⁴⁴

50. El texto guarda semejanza con la disposición del Artículo XIII finalmente adoptado. Se agregó en este último la posibilidad del arbitraje nacional y se eliminó la opción del CIADI cuando la controversia es referida al arbitraje internacional. Puede suponerse que ambas modificaciones fueron propuestas por la República Dominicana, aunque ello no sea de fundamental relevancia para la interpretación del artículo en cuestión. Lo que sí importa para este fin es destacar que una parte no deseaba incluir una cláusula de solución de controversias con inversionistas y que la otra sí. Aunque los trabajos preparatorios no permitan ampliar los elementos de interpretación que surgen de la aplicación de la regla general, pueden ser de interés si se los examinan conjuntamente con las circunstancias de la celebración del Tratado.

b. Las circunstancias de la celebración del Tratado

51. Coincido con el Experto nombrado por el Demandante que tanto otros tratados bilaterales de inversiones (“TBIs”) celebrados por las Partes al Tratado, así como el origen probable de la cláusula inserta en el Artículo XIII, pueden tenerse en cuenta como circunstancias de la celebración del mismo.⁴⁵

i. Otros TBIs y TLCs celebrados por la República Dominicana

52. El Experto nombrado por el Demandante identificó once TBIs y tres acuerdos de libre comercio (“TLCs”) celebrados por la República Dominicana que contienen una cláusula de solución de controversias Estado-Inversionista.⁴⁶ Considero de singular importancia los celebrados inmediatamente antes y después del Acuerdo con CARICOM del 22 de agosto de 1998. Ellos son el TBI con España en 1995 y los TBI con Francia y con la provincia china de Taiwán en 1999.

53. El TBI con España del 16 de marzo de 1995 contiene la cláusula siguiente en su parte pertinente:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante respecto a

⁴⁴ Comentarios de CARICOM al Borrador del Tratado, de fecha 8 de marzo de 1998, Comentarios al Artículo 11 (R-50).

⁴⁵ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, pars. 71-76

⁴⁶ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, Anexo 3.

cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible y sin menoscabo de los procedimientos legales de la Parte Contratante receptora de la inversión, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita, mencionada en el párrafo 1, se someterá al arbitraje a petición de cualquiera de las partes en controversia al Tribunal de Arbitraje ad-hoc establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional”.⁴⁷

54. El texto dice explícitamente que la controversia podrá someterse a arbitraje “a petición de cualquiera de las partes en controversia” y designa un único modo de establecimiento del tribunal (CNUDMI). Aunque mencionó el TBI España/República Dominicana en la lista preparada al efecto, el Experto no examinó este artículo. Como se recordará, su argumento principal es que mientras que otros tratados que indican que el arbitraje puede desencadenarse “a solicitud de una de las partes” se refieren a *controversias relativas a inversiones*, lo que permite que tanto el Estado como el inversionista puedan formular reclamaciones, el Tratado en nuestro caso solo habla de *obligaciones que las Partes del mismo han asumido relacionadas con una inversión*, por lo que solo el inversionista podría avanzar reclamaciones y por consiguiente sería él quien tuviera el derecho de elegir cuál de los tres procedimientos previstos deberá seguirse.⁴⁸
55. La cláusula del TBI con España muestra sin embargo que, aunque el texto se refiera a “toda controversia relativa a las inversiones”, considera que el reclamante será el inversionista. En efecto, el texto establece que la notificación de la controversia “será notificada por escrito, incluyendo una información detallada por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión”. El párrafo 2 establece que, si la controversia no puede ser resuelta amigablemente en el plazo de seis meses después de la notificación, “se someterá a arbitraje a petición de cualquiera de las partes en controversia”. Ello demuestra dos cuestiones importantes para nuestro análisis: 1) que a pesar de que la reclamación provenga del inversionista, tanto éste como el Estado pueden someter la controversia a arbitraje. Ello desvirtúa el argumento principal no solo del Experto, sino el seguido por la mayoría en el Laudo Parcial y 2) que la

⁴⁷ Artículo 11, Acuerdo para la protección y promoción recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana, 16 de marzo de 1995, España, Boletín Oficial del estado, N° 282, 22/11/1996, pp. 35303-35305, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-25931

⁴⁸ Tr. Día 2, Original español, 395:7-13, 398:7-12.

cláusula admite explícitamente que el inversionista puede unilateralmente someter la controversia al arbitraje, algo que no ocurre en el Artículo XIII del Tratado objeto del Laudo Parcial.

56. El TBI celebrado por la República Dominicana inmediatamente después del Tratado con CARICOM fue con Francia el 14 de enero de 1999, cuyo texto en su parte pertinente dice:

“1. Cualquier controversia relativa a las inversiones entre una de las Partes contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte contratante se solucionará amigablemente entre las dos partes implicadas.

2. Si dicha controversia no pudo ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento que ha sido planteada por una u otra de las Partes en la controversia será sometida a solicitud de una u otra de las Partes o a un tribunal ‘ad-hoc’, conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, (C.N.U.D.C.I.), o al Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el Convenio para la Solución de las Controversias Relativas a las Inversiones entre Estados y Ciudadanos de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, siempre que ambas Partes sean miembros de dicho centro”⁴⁹.

57. Este texto se refiere a controversias que pueden ser planteadas *por una u otra de las partes en la controversia* y define explícitamente que la misma puede ser sometida a arbitraje *por una u otra de las partes a ella*. Este texto difiere sensiblemente del texto del Artículo XIII en varios aspectos. En particular, establece que la controversia puede versar sobre las inversiones, lo que permite ir más allá de las obligaciones establecidas en el TBI; que ambas partes pueden formular una reclamación; y designa explícitamente también que ambas partes pueden unilateralmente someter la controversia a arbitraje.

58. El otro TBI celebrado por la República Dominicana en el año 1999 fue con la “República de China” (la provincia china de Taiwán). De nuevo, el Experto menciona este TBI en su lista, pero no analiza el artículo pertinente que se lee así:

“Las Controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo entre una de las Partes Contratantes y un Inversionista en el territorio de la primera serán en la medida de lo posible solucionadas por medio de consultas amistosas.

⁴⁹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de la República Francesa, Artículo 7 (RL-157).

Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de 6 meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia:

a) A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión,

b) Al arbitraje Nacional de la Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión, o

c) Al arbitraje Internacional:

i) Al arbitraje de conformidad con las reglas de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en caso de que una de las Partes no sea miembro del CIADI

ii) A la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CIC).⁵⁰

59. A diferencia del TBI con Francia, esta cláusula limita el alcance de las controversias entre la Parte en el TBI y los inversionistas de la otra Parte a las que “surjan en el ámbito del Acuerdo”. Este TBI contiene *solo obligaciones para las Partes*, no para los inversionistas. Por consiguiente, las controversias que puedan surgir “en el ámbito del Acuerdo” son relativas a obligaciones de los Estados parte. Si la controversia no puede ser resuelta amigablemente en seis meses, el TBI establece explícitamente que *el inversionista podrá remitir la controversia* a los tribunales de la Parte, al arbitraje nacional o al arbitraje internacional. Aquí encontramos una similitud con el Artículo XIII: hay tres opciones para la solución de la controversia. Pero a diferencia del Artículo XIII, aquí *es el inversionista* quien puede unilateralmente decidir cuál de las tres procederá.

60. Sería tedioso citar y analizar todas las otras cláusulas de solución de controversias Estado/inversionistas de los otros TBI o TLC celebrados por la República Dominicana. Basta con afirmar lo siguiente: en todos los casos, con una notable excepción, se da explícitamente al inversionista la posibilidad de elegir unilateralmente ir al arbitraje.⁵¹ La excepción, se entiende, es el Artículo XIII con CARICOM que aquí examinamos.

⁵⁰ Acuerdo para la protección y promoción recíprocas de las inversiones entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de la República de China, Artículo 11. Disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1049/download>

⁵¹ Véase el Artículo XI del TBI con Chile (RL-41), el Artículo 9 del TBI con Finlandia (RL-168), el Artículo 8 con Marruecos (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1044/download>), el Artículo IX del TBI con Panamá (RL-44), el Artículo 9.2 con Suiza (RL-45), el Artículo X del TBI con Argentina (RL-197), el Artículo 9 del TBI con los Países Bajos (RL-42), el Artículo XI del TBI con Italia

61. No es aceptable presumir que, como la República Dominicana aceptó en los demás casos explícitamente la posibilidad de que el inversionista recurra unilateralmente al arbitraje,⁵² entonces debe colegirse que esta aceptación es implícita cuando la República Dominicana precisamente decidió no incluirla. El hecho de que la Demandada haya decidido en su acuerdo con CARICOM no incluir tal derecho al inversionista cuando lo hizo en todos los demás, confirma más bien la interpretación según la cual el Artículo XIII no contiene la posibilidad de una elección unilateral.

ii. Otros TLCs celebrados por CARICOM

62. Por el lado de CARICOM, los TLC celebrados por esta organización regional con Estados inmediatamente antes o después del Tratado de 1998 con la República Dominicana son el TLC con Colombia celebrado el 24 de julio de 1994 y el TLC con Cuba del 5 de julio de 2000. El primero se contenta con alentar la posibilidad de conclusión de futuros TBI y por lo tanto no contiene disposición alguna sobre solución de controversias entre las Partes y los inversionistas de la otra.⁵³ El TLC con Cuba, al contrario, contiene un anexo sobre inversiones y se halla en él una cláusula de solución de controversias Estado/inversionista:

“1. Any dispute between one Party and an Investor of the other Party concerning an Investment of the latter, in the territory of the former, shall, if possible, be settled amicably. If such a dispute has not been settled amicably within a period of three months from the date of written notification of the claim, either Party may submit the dispute to the courts of that Party or to national or international arbitration.

2. Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute to an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law”.⁵⁴

63. El primer párrafo de este artículo difiere del primer párrafo del Artículo XIII ya que establece que las controversias en cuestión conciernen la inversión por parte del inversionista

(<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3194/download>), el Artículo 8 del TBI con la República de Corea (RL-43), el Artículo 9.20 del TLC con Centroamérica (RL-226) y el Artículo 10.16 del TLC con Centroamérica y los Estados Unidos de América (RL-46).

⁵² El Demandante invoca esta aceptación explícita en 11 TBIs para fundar su argumento de que por aplicación de la cláusula NMF del Artículo III del Tratado, el arbitraje internacional CNUDMI podría ser invocado por el Demandante (*Statement of Claim*, par. 225).

⁵³ Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República de Colombia y la Comunidad del Caribe (CARICOM), de 4 de julio de 2004 (RL-91).

⁵⁴ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Artículo XII (RL-48).

de la otra Parte y no las obligaciones asumidas por una de las Partes del Acuerdo. Coinciden ambos artículos en las tres opciones para la solución de la controversia: cortes de la Parte del Acuerdo, arbitraje nacional o internacional. La segunda diferencia es que el acuerdo con Cuba prevé explícitamente que *cualquiera de las partes a la controversia* puede someterla a una u otra de las tres opciones.

64. De los otros TLCs celebrados por CARICOM, el único que contiene una cláusula de solución de controversias es el celebrado con Costa Rica el 9 de marzo de 2004. La cláusula en su parte pertinente se lee de la siguiente manera:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte respecto a cuestiones reguladas por el presente Capítulo, será notificada por escrito por el inversionista a la Parte receptora de la inversión. Tal notificación deberá incluir, en detalle, toda la información relevante. En la medida de lo posible, las partes arreglarán amistosamente la controversia.

2. Si la controversia no hubiese sido resuelta amigablemente en un plazo de seis (6) meses desde la fecha de notificación mencionada en el párrafo 1 anterior, el inversionista en cuestión, a su elección, podrá remitir la controversia a la Corte o los Tribunales Administrativos competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, o a un procedimiento de arbitraje internacional. Cuando la controversia sea enviada a un arbitraje internacional, el inversionista podrá someter la controversia a cualquiera de las siguientes:

(a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965, cuando ambas Parte sean signatarias del Convenio del CIADI; o

(b) en caso de que una de las Partes, pero no ambas, fuera Estado Contratante del CIADI, por el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI; o

(c) a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), cuando ninguna de las Partes sea parte de CIADI”.⁵⁵

65. El objeto de la controversia según este artículo está enmarcado en el contenido de la sección del Acuerdo relativo a la protección de inversiones. Es más restringido que el TLC con Cuba

⁵⁵ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de Costa Rica y la Comunidad del Caribe, Artículo X.11. 2. (RL-47).

y se asemeja al Artículo XIII del Tratado con la República Dominicana, ya que este último se refiere a las obligaciones de las Partes relativas a inversiones y en la sección del TLC con Costa Rica *solo se mencionan obligaciones de las Partes* y no de los inversionistas. A diferencia del Artículo XIII, el TLC CARICOM/Costa Rica otorga *explícitamente*, y lo hace *dos veces*, la *elección del modo de solución (cortes nacionales o arbitraje internacional) al inversionista*.

iii. TBIs celebrados por Jamaica

66. El testigo presentado por el Demandante, el Embajador de Jamaica George Anthony Hylton, se refirió al hecho de que fue Jamaica quien tuvo principalmente a su cargo la preparación de la negociación del Tratado con la República Dominicana.⁵⁶ Resulta de interés examinar los TBIs celebrados por Jamaica en la misma época.
67. En el TBI celebrado por Jamaica con los Estados Unidos de América en 1997 la fórmula empleada es que: “*the national or the Company concerned may choose to submit the dispute...*”.⁵⁷ El TBI Jamaica/Egipto celebrado en 1999 establece en relación con la controversia que “*it may be submitted upon request of either party...*”.⁵⁸ Por su parte, el TBI Jamaica/Indonesia también celebrado en 1999 provee que “*when: a dispute has been raised by the investor and the parties disagree as to the choice of (i) or (ii) the opinion of the investor shall prevail*”.⁵⁹ En suma, todos los TBIs en los que el inversionista tienen la posibilidad de decidir unilateralmente el recurso al arbitraje, así lo establecen taxativamente. De manera significativa, el Artículo XIII no lo establece así.

c. Conclusión sobre los trabajos preparatorios y los otros TBIs y TLCs celebrados por las Partes

68. De lo expuesto surge que las dos Partes en el Tratado han sido muy cautelosas en la inclusión de cláusulas de solución de controversias Estado/inversionista. La República Dominicana prefería no incluir tal cláusula en su Tratado con CARICOM y esta última formuló una propuesta diferente a todas las demás que celebró. Ante la posición inicial de su contraparte, propuso una fórmula más tenue que en las que se otorga explícitamente la posibilidad al inversionista de elegir unilateralmente el arbitraje internacional. La República

⁵⁶ Second Declaration of Ambassador George Anthony Hylton, Paragraph 7 (C-139).

⁵⁷ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos de América y Jamaica, Artículo VI (2) (RL-96).

⁵⁸ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Árabe de Egipto y el Gobierno de Jamaica, Artículo VI 2 (RL-99).

⁵⁹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Indonesia y el Gobierno de Jamaica, Artículo IX 3 (RL-100).

Dominicana ha adoptado con sus vecinos inmediatos una actitud cauta en la materia, que contrasta con TBIs o TLCs celebrados con otros Estados. No tiene TBI en vigor con Haití o con Cuba y tiene el Tratado con sus vecinos de CARICOM que contiene una fórmula totalmente diferente a la aceptada en los demás TBIs o TLCs: no reconoce al inversionista un derecho unilateral de imponerle el arbitraje internacional.

d. Posible modelo seguido para el Artículo XIII

69. Si se desea comparar cláusulas de otros TBIs celebrados por partes diferentes, el interés mayor está en los tratados que pueden haber servido de modelo para la celebración del Tratado. Los miembros fundadores de CARICOM son todas excolonias británicas que siguen la tradición del *Common Law*. Haití y Surinam, los dos Estados miembros de CARICOM que no fueron colonias británicas, se incorporaron más tarde. Haití lo hizo en 2002.
70. Conuerdo con el Experto nombrado por el Demandante en que el origen probable del texto del Artículo XIII puede considerarse una circunstancia de la celebración del Tratado. Según el Experto, “[i]t is no secret that treaty language often derives from existing templates or models. Parts of Article XIII seem to be derived from Article 8 [Alternative] of the Model UK BIT of 1991. Article 8, paragraph 1 of this Model UK BIT is very similar to Article XIII paragraph 1 of the present Treaty (concluded in 1998):
- “Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes”.⁶⁰
71. Subrayo en este modelo: “if the national or company concerned so wishes”.
72. Las Partes y el Tribunal también consideraron extensamente el Artículo 8(1) del TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán de 1991, pero lo hicieron sobre todo para establecer si dicho artículo contiene una obligación, lo que a mi juicio no cabe duda. Sin embargo, ése no es el interés principal de este TBI para nuestro caso. Este TBI sigue fielmente el modelo británico de TBI al que se refería el Experto nombrado por el Demandante. La cuestión aquí debatida es si el inversionista puede unilateralmente imponer el arbitraje internacional. Lo importante

⁶⁰ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 73.

es señalar las semejanzas y diferencias con el Artículo XIII para luego sacar conclusiones. Como el modelo británico de TBIs, el Artículo 8 (1) de TBI Reino Unido/Turkmenistán establece:

“Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four [months] from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes”.⁶¹

73. Efectivamente, el texto es prácticamente idéntico al del párrafo primero del Artículo XIII del Tratado, pero con tres diferencias. Ambos definen exactamente igual el objeto de la controversia: limitada a una obligación de una Parte Contratante bajo el Acuerdo en relación con una inversión. Como se recuerda, este es el criterio fundamental por el cual el Experto nombrado por el Demandante y la mayoría del Tribunal consideran que solo el inversionista puede comenzar el procedimiento arbitral y que existe una oferta del Estado al arbitraje internacional que se perfeccionaría cuando el inversionista, al comenzar el procedimiento, estaría dando su consentimiento.
74. Si se deja de lado la diferencia de un mes entre los períodos fijados para que las partes a la controversia traten de arreglarlas amigablemente, las otras dos diferencias son notables: 1) solo figura el arbitraje internacional como medio de solución de controversias y 2) se agrega específicamente que la controversia será sometida a tal procedimiento arbitral *si el inversionista así lo desea*. Si se sigue la interpretación del Experto y de la mayoría del Tribunal, esta última mención no tendría ningún sentido y sería superflua o redundante. No podría atribuírsele a esta frase final del párrafo ningún efecto práctico: habida cuenta el contenido de la controversia, solo el inversionista podría imponer el arbitraje internacional al iniciar el procedimiento.

e. Conclusión sobre los medios complementarios de interpretación

75. En suma, los otros TBIs y TLCs celebrados por la República Dominicana o por CARICOM, así como el muy probable modelo seguido para la redacción del Artículo XIII mencionan expresamente que el inversionista o que cualquiera de las partes puede iniciar el arbitraje internacional. Sería absurdo pensar que como los demás tratados autorizan al inversionista a recurrir unilateralmente el arbitraje, entonces el Artículo XIII también debe interpretarse de

⁶¹ Citado en el Laudo Parcial, par. 111.

esta manera, aunque no lo diga. La conclusión lógica es más bien la contraria: el hecho de que no se haya incluido esta posibilidad para el inversionista significa que en este caso el inversionista no tiene esta posibilidad.

76. La mayoría pretende que en el Artículo XIII habría una oferta unilateral e incondicional de arbitraje del Estado que el inversionista acepta al iniciarlo y forma así el acuerdo de consentimiento. Para justificar su pretensión lo que hace es explicar esta situación. Pero de lo que se trata no es de explicar cómo juega esta posibilidad, presente en otros tratados, sino de demostrar que ella existe en el Artículo XIII. Es sintomático que, para explicar el juego del consentimiento mediante una oferta permanente del Estado y una aceptación ulterior por el inversionista, la mayoría se apoya sistemáticamente sobre ejemplos de tratados que sí contienen esta posibilidad. Así cita la decisión en *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador*.⁶² El TBI entre Ecuador y Estados Unidos que se aplicó en este caso, contiene en su cláusula de solución de controversias Estado/inversionista la fórmula siguiente:

“2 (...) Si la diferencia no se soluciona amigablemente, *la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías*, para su resolución:

- a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

4. *Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:*

- a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
- b) Un “acuerdo por escrito” a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de 1958 (“Convención de Nueva York”).⁶³

⁶² Laudo Parcial, par. 128.

⁶³ Énfasis agregado. Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Artículo VI. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1066/download>

77. De lo que se trata es de interpretar una cláusula de solución de controversias Estado/inversionista. Resulta entonces de utilidad examinar los diferentes tipos de cláusulas existentes y una comparación no es inútil. Un estudio sobre cláusulas contenidas en TBIs que incluyen la posibilidad de arbitraje reveló lo siguiente:

“44% of the sample treaties that provide access to international arbitration for the settlement of investment disputes make only one single forum available. Among the other treaties, an overwhelming majority gives the investor a *unilateral choice* between listed fora.

Some other treaties require an *agreement between the parties* to access specified fora; if the parties fail to find an agreement, the treaty may designate a tribunal by default or give the prerogative to the investor.

Yet other treaties are silent on who has the right to choose the forum”.⁶⁴

78. En el presente caso nos encontramos ante la última de las posibilidades mencionadas: el tratado no establece quien tiene el derecho de elegir el foro. La conclusión que sigue es la que regula el conjunto de las relaciones jurídicas internacionales en la materia: si no se consintió a la existencia de un derecho a un tercero que de otra manera no existiría, tal derecho no existe.

79. Puede concluirse entonces que los medios complementarios de interpretación de tratados no solo no confirman la tesis de la mayoría del Tribunal o permiten arribar a ella, sino que confortan la interpretación según la cual se excluyó la posibilidad de elección por parte del inversionista de cuál de los tres medios de solución de controversias posibles debiera seguirse.

B. CONCLUSIÓN: EL ARTÍCULO XIII NO OTORGA AL INVERSIONISTA EL DERECHO DE DECIDIR UNILATERALMENTE EL ARBITRAJE

80. Una interpretación de buena fe del Artículo XIII según el sentido de sus términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado muestra que hay tres opciones de solución de controversias entre Estados e inversionistas, que ninguna es preferida y que las Partes no consintieron a que sea cualquiera de las partes a la controversia o únicamente el inversionista quien decida cuál de los tres medios de solución de controversias debe aplicarse. Los medios complementarios de interpretación, tanto los trabajos preparatorios como los otros acuerdos celebrados por las Partes, ya sean TBI o TLC, o el posible modelo

⁶⁴ J. Pohl, K. Mashigo, A. Nohen, Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey, OECD Working Papers on International Investment 2012/02, pp. 21-22 (disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k8xb71nf628-en.pdf?expires=1591123554&id=id&accname=guest&checksum=9369CB799ADBE83B01D2E33B8681C9A0>)

seguido para la redacción del Artículo XIII confirman esta interpretación, o en la alternativa, la hacen posible si se considerara que los medios prioritarios de interpretación no hubieran permitido llegar a un resultado claro porque el texto del Artículo XIII sería ambiguo u obscuro.

81. Efectivamente, interpretar, como lo hace la mayoría, que en el párrafo primero hay una oferta incondicional del Estado al arbitraje internacional que se perfecciona cuando en virtud del párrafo segundo el inversionista notifica la apertura del arbitraje no tiene asidero. Para que hubiera “oferta incondicional” tendría que haber un consentimiento del Estado para que el inversionista elija una de las tres opciones y no la hay.
82. La determinación del sujeto que puede iniciar el procedimiento jurisdiccional internacional es una cuestión clave en todo otorgamiento de consentimiento a tal procedimiento. Ello es así tanto en los tratados generales de solución de controversias como en las cláusulas de tal solución en tratados que regulan materias determinadas, fueran ellos multilaterales o bilaterales. La ausencia de determinación del sujeto deja la situación en su estado común: no se le puede imponer al Estado un mecanismo de solución de controversias para el cual no brindó su consentimiento. Ello es así aún más en una situación en la que los medios de solución de controversias considerados son múltiples y sin prioridad o preferencia predeterminada.
83. Ciertamente, el consentimiento también puede manifestarse de manera implícita, pero para que ello ocurra debe haber un acto u omisión del Estado que así lo manifieste. No nos encontramos ante tal situación en la presente especie. La Demandada manifestó desde el principio sus reservas a la existencia de una cláusula de solución de controversias con inversionistas en el Tratado y por ende para dirimir la controversia en sede arbitral internacional. CARICOM, la otra Parte del Tratado, no incluyó en su propuesta de artículo la posibilidad de que la elección recaiga en el inversionista.
84. Podría suponerse que la ausencia de referencia al modo de elección y a quién puede elegir uno de los tres medios de solución es una deficiencia real o presunta del Tratado. Si este fuera el caso, la deficiencia no puede suplirse por medio de la pretendida interpretación del mismo. Ello es doblemente importante cuando de lo que se trata es la decisión sobre la propia jurisdicción del Tribunal.

85. La manera en que la Corte Internacional de Justicia examinó la cuestión de deficiencias convencionales de cláusulas compromisorias en el caso de la *Interpretación de los Tratados de Paz (segunda fase)* es instructiva. En los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania posteriores a la Segunda Guerra Mundial, había una obligación de someter las controversias a una comisión compuesta por tres árbitros, cada parte debía nombrar uno de ellos y el tercero, si no había acuerdo, sería nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas. Los tratados no previeron qué debería hacerse si una de las partes no nombraba al árbitro como le correspondía y como efectivamente ocurrió por parte de los tres Estados mencionados. La Corte no aceptó que lo nombre el Secretario General, ni que el tribunal funcione solo con los dos árbitros designados. En su opinión consultiva la Corte hizo el siguiente análisis:

“The failure of machinery for settling disputes by reason of the practical impossibility of creating the Commission provided for in the Treaties is one thing; international responsibility is another. The breach of a treaty obligation cannot be remedied by creating a Commission which is not the kind of Commission contemplated by the Treaties. It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them”.⁶⁵

86. En relación con la regla interpretativa del efecto útil, la Corte afirmó en este caso:

“The principle of interpretation expressed in the maxim: *Ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which, as stated above, would be contrary to their letter and spirit”.⁶⁶

87. La Corte agregó, en relación al hecho de que las Partes no habían previsto la posibilidad de la falta de nombramiento de un árbitro por una de las Partes que ello “does not justify the Court in exceeding its judicial function on the pretext of remedying a default for the occurrence of which the Treaties have made no provision”.⁶⁷

88. El consentimiento de los Estados al arbitraje internacional es una cuestión de importancia primordial. Como lo explicó el profesor Georges Abi-Saab:

“In international law, all tribunals - not only arbitral, but even judicial - are tribunals of attributed, hence limited jurisdiction (...) all international adjudicatory bodies are empowered from below, being based on the consent and agreement of the subjects (...) This is the reason why, the fundamental principle

⁶⁵ *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 229

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Id.*, pp. 229-230.

and basic rule in international adjudication, is that of the consensual basis of jurisdiction. It also explains the prominent place of questions of jurisdiction both in the jurisprudence and in the writings on international adjudication. It explains as well the widely shared perception that the first task of an international tribunal is to ascertain its jurisdiction; and the great care international tribunals take in establishing from the outset, the existence and limits of the consent of the parties before them, on which their jurisdiction is founded”.⁶⁸

89. La Corte Internacional de Justicia estableció el estándar para la determinación de la existencia de consentimiento a la jurisdiccional internacional de la siguiente manera en un caso en el que el Demandante sometió una controversia sin consentimiento previo del Demandado, quien lo efectuó posteriormente. Al hacerlo, mencionó su jurisprudencia constante, que incluye la de su predecesora:

“The consent allowing for the Court to assume jurisdiction must be certain. That is so, no more and no less, for jurisdiction based on *forum prorogatum*. As the Court has recently explained, whatever the basis of consent, the attitude of the respondent State must “be capable of being regarded as ‘an unequivocal indication’ of the desire of that State to accept the Court’s jurisdiction in a ‘voluntary and indisputable’ manner” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, p. 18; see also *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Preliminary Objection, Judgment, 1948*, I.C.J. Reports 1947-1948, p. 27; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 620-621, para. 40; and *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, *Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 24)”.⁶⁹

90. Un tribunal arbitral ha resumido correctamente la situación en la que también se encuentra este Tribunal:

“Puesto que los Estados se encuentran sujetos a procedimientos vinculantes de resolución de controversias por terceros sólo si prestan su consentimiento respecto de ellos, y, dada la importancia de la autoridad mencionada anteriormente, en particular, tal como se encuentra en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y, especialmente, en el marco del CIADI, el Tribunal considera que su enfoque debería ser cuidadoso. En los términos de la Corte Internacional de Justicia al momento de considerar la primera objeción planteada en cuanto a su jurisdicción, el consentimiento debe ser “voluntario e indiscutible”, y en los términos de ambos tribunales CIADI, “claro e

⁶⁸ *Abaclat y Otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Opinión Disidente de Georges Abi-Saab a la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de Agosto de 2011, pars. 7-8 (Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, Anexo 15).

⁶⁹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2008, p. 204, par. 62.

inequívoco”. El consentimiento necesario no debe presumirse, sino que debe demostrarse claramente”.⁷⁰

91. Al final, el razonamiento seguido por la mayoría es el resultado de una serie de inferencias que se hacen en cada uno de los tres primeros párrafos del Artículo XIII. Sus postulados reiterados cada vez que se debía examinar tales párrafos son siempre los mismos: en todo juicio hay un demandante y un demandado, hay una sola manera de iniciar el procedimiento arbitral y el único que lo puede iniciar es el inversionista. No es esto lo que dice o surge del Tratado, a diferencia de todas las otras cláusulas compromisorias de los TBI o TLC que ambas Partes celebraron y así lo establecen de manera taxativa. El Laudo Parcial no aborda esta diferencia substancial. Tales postulados son claramente desmentidos por los numerosos tratados de inversiones que prevén la posibilidad de iniciar el procedimiento arbitral por una u otra de las partes a la controversia, lo que prueba sin lugar a la más mínima duda que el Estado puede iniciar procedimientos arbitrales contra inversionistas y que no son estos últimos los únicos que pueden iniciarlos.
92. Mis colegas focalizaron sus preguntas al Experto nombrado por el Demandante en lo que el estándar del consentimiento “claro e inequívoco” significaría para la interpretación del Artículo XIII.⁷¹ Tanto ellos como el Experto invocan que la interpretación de la cláusula de solución de controversias Estado/inversionista no debería ser ni restrictiva ni extensiva (o “liberal”). El Experto nombrado por el Demandante citó como apoyo un análisis hecho en el marco de la UNCTAD: “Neither a principle of restrictive interpretation nor a doctrine of ‘*effet utile*’ will do justice to a consent clause”.⁷²
93. Por lo expuesto, la conclusión que cabe es simple: las Partes al Tratado se obligaron a resolver controversias con inversionistas a través de uno de los tres modos de solución de controversias mencionados, pero no dejaron la elección en manos de los inversionistas. La única obligación que surge del Artículo XIII es pues la de resolver la controversia por alguno de los tres medios de solución indicados. En la ausencia de toda prescripción sobre las modalidades de elección, la regla general, que bien puede considerarse un principio general

⁷⁰ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de septiembre de 2013 (RL-74), par. 254

⁷¹ Tr. Día 2, Original en inglés, 386:11-393:20.

⁷² UNCTAD, *Dispute Settlement, International Centre for Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration*, New York y Ginebra, 2003, pp. 33-34, Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 16.

del derecho, se aplica. Esta obligación impone pues a las partes a la controversia negociar de buena fe la elección del medio que se aplicará para resolverla.

94. En el Artículo XIII, la negociación entre el Estado y el inversionista ya forma parte del proceso de solución de controversias. De hecho, es lo que establece la primera parte del párrafo primero. Si no pueden resolver la controversia “amigablemente” (es decir por la negociación), deberán buscar hacerlo por alguno de los tres posibles medios jurisdiccionales indicados. La elección no puede ser unilateral, por consiguiente, para someter la controversia a un tribunal arbitral internacional es necesario que las partes se pongan de acuerdo para proceder así. Si no hay acuerdo y el inversionista desea solucionar la controversia por otras vías, le queda siempre la posibilidad de la solución residual que existe en estos casos: recurrir a los tribunales nacionales y requerir la protección diplomática de su Estado.
95. Por otra parte, si el Estado del inversionista considera que el Estado receptor no cumplió de buena fe su obligación de negociar la elección del medio jurisdiccional que surge del primer párrafo del Artículo XIII, puede invocar el Artículo XIV del Tratado y llegar a someter la cuestión a arbitraje sin necesidad de que su inversionista haya agotado las vías de recursos internos.
96. Estas opciones residuales pueden o no ser del agrado de los miembros del Tribunal, pero su tarea no es la de evaluar los medios de solución de controversias que las Partes han acordado, sino la de aplicar estrictamente el Tratado, sin hacerle decir lo que no dice.
97. En el presente caso es obvio que no hay acuerdo para someter la controversia a arbitraje internacional. El Demandante no buscó ponerse de acuerdo sobre el medio de solución de controversias a seguir. En su Notificación de Controversia del 19 de diciembre de 2017, dio por sentado su pretendido derecho de iniciar el procedimiento arbitral internacional después de transcurridos los tres meses de su notificación.⁷³ La Demandada se opuso a esta pretensión. Por consiguiente, este Tribunal carece de jurisdicción para entender el caso.

⁷³ Notice of Controversy to the Dominican Republic Pursuant to Annex III of the CARICOM Free Trade Agreement, pars. 7 y 52 (C-15).

III. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA NO OTORGA UNA BASE DE JURISDICCIÓN

98. Como la mayoría consideró que en el Artículo XIII la Demandada ofreció al inversionista la elección del medio de solución de controversias arbitral internacional, no fue necesario en el Laudo Parcial abordar el argumento subsidiario de la invocación de la cláusula de la Nación más favorecida del Artículo III del Tratado. Como he llegado a la solución contraria, estimo por mi parte necesario referirme brevemente a este argumento del Demandante.

99. El texto del Artículo III, titulado “Principios generales de tratamiento”, lee así:

“Las Partes admitirán y tratarán las inversiones de una manera no menos favorable que el tratamiento otorgado en situaciones similares a inversiones realizadas por sus propios inversionistas, con excepción de las siguientes áreas relacionadas con trato nacional [El texto inglés dice: “except for investments in areas to be identified in the Appendix to this Annex”⁷⁴].

Las Partes admitirán y tratarán las inversiones de una manera no menos favorable que el trato otorgado en situaciones similares a áreas relacionadas con trato de Nación Más Favorecida.

La obligación de otorgar un trato no menos favorable que el trato otorgado a terceros Estados no será aplicable a:

- (a) el trato o ventaja que resulte de cualquier conglomerado aduanal o área de libre comercio existentes o futuros o mercado común o unión monetaria o acuerdo similar del cual la Parte sea parte; o
- (b) cualquier convenio o arreglo internacional relacionado de manera total o principalmente con impuestos”.

100. El Demandante resume su posición de la siguiente manera:

“More specifically, by operation of Article III (MFN) of Annex III of the Treaty, Claimant’s investments have a right to “treatment no less favourable” than that accorded by the Dominican Republic under all the bilateral investment treaties currently in force for the Dominican Republic. To date, the State has at least eleven bilateral investment treaties in force. In all of these bilateral investment treaties, the State has consented to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules so they may be “unilaterally” invoked by the investor without the need for any *ex post*, “special agreement” between the Parties”.⁷⁵

⁷⁴ Agreement Establishing Free Trade Area Between the Caribbean Community and the Dominican Republic, Annex III, Article III (CL-5).

⁷⁵ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, par. 41.

101. Sin entrar a discutir aquí la cuestión controvertida de la posibilidad de aplicación general de la cláusula NMF a los medios de solución de controversias y en su caso el alcance de tal aplicabilidad, puede decirse de manera general que “la cláusula NMF no puede perseguir el propósito de importar el consentimiento al arbitraje cuando este no existe bajo el TBI”.⁷⁶
102. Existen tres razones por las cuales no se puede fundar una pretendida oferta de la Demandada al arbitraje internacional CNUDMI sujeto a la decisión unilateral del inversionista sobre la base del Artículo III. La primera razón es la siguiente: El Demandante invoca la cláusula para sostener que, si en el primer párrafo hay oferta incondicional de arbitraje internacional por el Estado, la cláusula NMF puede invocarse para el párrafo segundo y así determinar que el arbitraje CNUDMI puede seguirse. Habiendo llegado a la conclusión según la cual no hay consentimiento inmediato al arbitraje internacional en el párrafo primero, no es necesario examinar si el arbitraje CNUDMI estaría disponible por la vía de la aplicación de la cláusula NMF. Aun si lo hubiera, habría dos razones adicionales por las cuales la cláusula NMF no puede operar en este caso, que paso a examinar.
103. El Artículo III del Tratado aplica el trato de la NMF únicamente a las inversiones, a diferencia de las cláusulas NMF que incluyen tanto el trato a inversiones como a inversionistas. Este es el caso tratado en *Venezuela US vs Venezuela*, en el cual el Tribunal unánimemente concluyó que:
- “El Tribunal observa que el Artículo 3(1) se ocupa del tratamiento de las “inversiones”, mientras que el Artículo 3(2) se ocupa del tratamiento de los “nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante” (es decir, inversores). El derecho a someter una controversia al arbitraje es un derecho conferido por el Artículo 8 del TBI, bajo las condiciones en él especificadas, a un “inversor”. El Artículo 8(2) utiliza la expresión “el inversor tendrá el derecho de someter la controversia a arbitraje”. Se desprende que el trato NMF puede extenderse a las disposiciones de resolución de controversias sólo por operación del Artículo 3(2) del Tratado. ‘La inversión’ como tal, no posee derechos procesales, y por lo tanto, el Artículo 3(1) carece de relevancia en lo que concierne a la investigación del Tribunal en cuanto a su jurisdicción”.⁷⁷
104. Finalmente debe resaltarse que el Artículo III del Tratado se refiere a su aplicación o no a “áreas”. El Experto nombrado por el Demandante considera que la cláusula de solución de controversias del Artículo XIII es un “área” cubierta por el Artículo III.⁷⁸ El Apéndice al

⁷⁶ *Venezuela US, S.R.L. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2013-34, Laudo Interino, 26 de julio de 2016, par. 105 (RL-162), par. 105.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 104.

⁷⁸ Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, pars. 77-78.

que se refiere el texto inglés en el que se hubiera debido identificar las áreas en que no se aplicaría el trato nacional no fue producido por ninguna de las partes a esta controversia.⁷⁹

105. El uso del término “áreas” en el Tratado muestra que de lo que se trata son de las esferas de actividad productiva, comercial o de servicios.⁸⁰ La cláusula de solución de controversias no es un “área”. Ello se ve, por otra parte, corroborado por las Líneas Directrices definidas por CARICOM para la negociación de TBIs:

“CARICOM countries should, as part of their development plans and strategies, determine the terms on which foreign investment may enter their economies; *the areas of their economies* from which foreign investment would be prohibited or in which it would be permitted only under special conditions and the circumstances and criteria which will occasion restriction of foreign investment from any sector or activity.

Where no determination of such areas, circumstances or criteria has been made in advance of the negotiations, the BIT should incorporate an elaboration of the policy and/or criteria governing foreign investment”.⁸¹

106. Por lo expuesto, la invocación del Demandante del Artículo III del Tratado no permite justificar la existencia de una oferta incondicional de la Demandada para que el inversionista pueda recurrir unilateralmente al arbitraje CNUDMI.

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS LLAMADAS INVERSIONES “INDIRECTAS”

107. Habiendo considerado que el Tribunal carece de jurisdicción para entender el presente caso, no sería necesario examinar la segunda objeción jurisdiccional. Sin embargo, como mis colegas rechazaron la primera objeción jurisdiccional, debo pronunciarme sobre la cuestión, lo que también haré brevemente.
108. Las partes y el Tribunal consagraron un tiempo y un espacio considerable a la cuestión de saber si las llamadas inversiones “indirectas” están cubiertas por el Tratado. Las partes coinciden en que las inversiones del Sr Lee Chin en la República Dominicana pueden calificarse de “indirectas”.⁸² Existe acuerdo unánime para considerar que el Tratado no

⁷⁹ Pregunté al testigo propuesto por el Demandante, Embajador Hylton, a este respecto, quien indicó no recordar a qué áreas se refería el Artículo III ni si el Apéndice había sido negociado (Tr. Día 1, Original en inglés, 279:14-22, 280: 1-16).

⁸⁰ Véanse los Artículos II (vi) y IX del Acuerdo de Libre Comercio CARICOM/República Dominicana y el Artículo XII (3) del Acuerdo sobre comercio de bienes (Anexo I) (R-1 en español y CL-5 en inglés).

⁸¹ *CARICOM Guidelines for use in the Negotiation of Bilateral Treaties*, Caribbean Community Secretariat (1984) (Enfasis agregado), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2879/download>

⁸² Réplica sobre Jurisdicción, par. 154; Memorial sobre Jurisdicción, par. 153.

incluye expresamente las inversiones indirectas en su definición de inversiones. El Tratado tampoco se refiere al control societario. Estaríamos aquí ante una inversión indirecta de cuarto grado. El Laudo Parcial contiene el esquema presentado por el Demandante que muestra su participación en una serie de sociedades panameñas y dominicanas hasta llegar a Lajun Corporation S.R.L., la sociedad dominicana objeto de las medidas contestadas por el Demandante.⁸³ Es a través de cuatro sociedades y a niveles diferentes que el Demandante posee intereses en Lajun.

109. El Laudo Parcial procede a un análisis detallado del Tratado para saber si las inversiones indirectas están cubiertas por este a pesar de no mencionarlas explícitamente como lo hacen otros TBIs o TLCs y llega a la conclusión que si lo están.⁸⁴ No estimo necesario pronunciarme aquí sobre la cuestión general de las inversiones indirectas. Para cumplir mi tarea, debo referirme estrictamente al alcance de la protección acordada en el Tratado a las inversiones y a los inversionistas de la otra Parte.
110. El Tratado considera como “inversiones” las “acciones, capital accionario y pasivos de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías”.⁸⁵ El Demandante es el titular exclusivo de acciones, capital e intereses pero en dos sociedades panameñas (Lution Investment SA y Kigman Del Sur SA), las que a su vez son titulares de acciones, capital e intereses en una sociedad panameña (Nagelo Enterprises SA) y en otra dominicana (Wilkison Company SRL), quienes a su turno tienen acciones, capital e intereses en Lajun Corporation SRL. Por consiguiente, el titular de los derechos reconocidos a los inversionistas en el Tratado, de conformidad con las definiciones del Artículo II (2) no es el Demandante sino la sociedad panameña Nagelo Enterprises SA y la sociedad dominicana Wilkison Company SRL. Si alguna medida de la Demandada podría afectar los derechos de Wilkison Company SRL, el titular de los derechos reconocidos a los inversionistas en dicho artículo sería la sociedad panameña Kigman del Sur SA.
111. Sin embargo, el Tratado CARICOM/República Dominicana no es aplicable a sociedades panameñas y tampoco a sociedades dominicanas con inversiones en la República Dominicana. La cuestión de las inversiones aquí mencionadas podrían corresponder a las acciones, capital e intereses de las dos sociedades panameñas en las sociedades dominicanas

⁸³ Laudo Parcial, par. 7.

⁸⁴ Laudo Parcial, pars. 212-219.

⁸⁵ Artículo I (1) (ii).

Wilkison y Lajun. Noto al pasar que existe un TBI entre la República Dominicana y Panamá que contiene una cláusula de solución de controversias entre Estados e inversionistas.⁸⁶

112. Por consiguiente, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae* porque el Demandante y sus intereses no reúnen las condiciones respectivamente de “inversionista” y de “inversiones” según los términos del Tratado.
113. Habida cuenta de que la mayoría decidió lo contrario, debo referirme al alcance de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal en el fondo del asunto. La jurisdicción del Tribunal consistirá en determinar si el comportamiento del Estado es violatorio de alguna manera de los derechos que surgen de la tenencia de las acciones, del capital o de los intereses en la propiedad de la sociedad Lajun Corporation SRL.
114. En el presente caso se puso de relieve las acciones judiciales o administrativas emprendidas contra Lajun en el ámbito dominicano.⁸⁷ El Experto nombrado por el Demandante afirmó con razón que no hay identidad *ratione personae*, *ratione materiae* y de *causa petendi* entre el procedimiento ante los tribunales dominicanos y el presente caso.⁸⁸ El Estado solo podría accionar contra la empresa Lajun Corporation SRL si considerase que existe una controversia con ella, a menos que exista una responsabilidad solidaria de los accionistas o socios, cuestión que obviamente escapa al presente análisis.
115. El presente caso no concierne actos cumplidos por la Demandada hacia el Sr Michael Lee Chin, sino hacia la sociedad Lajun Corporation SRL, de la cual el primero es, después de haber descubierto el velo de cuatro otras sociedades en cuatro niveles diferentes, quien controla su capital a la altura del 80%. El hecho de que el Sr Lee Chin haya decidido actuar a través de tres empresas panameñas es una cuestión de su elección que no incumbe al Tribunal examinar.

V. CONCLUSIÓN

116. El Laudo Parcial afirma con razón que el consentimiento del Estado debe ser “claro e inequívoco”. Agrega:

⁸⁶ Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones entre la República de Panamá y la República Dominicana (RL-44).

⁸⁷ Notificación de Arbitraje, par. 65

⁸⁸ Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn, par. 31-32.

“Es indispensable que el tribunal llamado a decidir una disputa se sienta persuadido de que todas las partes implicadas (entre las cuales se encuentra, en nuestro caso, un Estado) han aceptado someterse a él. A juicio del Tribunal, la exigencia de dichos caracteres del consentimiento debe entenderse en el sentido de que el mismo debe surgir del texto, interpretado de acuerdo a los criterios aceptados por el derecho internacional, y no de presunciones o de inferencias basadas en expresiones que no figuran en él”.⁸⁹

117. Se necesita de mucha imaginación para creer que las Partes al Tratado han consentido de manera “clara e inequívoca” que el inversionista pueda decidir de elegir por sí solo llevar la controversia al arbitraje internacional. El Laudo Parcial se basa sistemáticamente en inferencias, tanto para el análisis de cada uno de los párrafos del Artículo XIII como para la determinación que las llamadas inversiones “indirectas” entran en el ámbito de protección del Tratado.
118. Las cortes y los tribunales internacionales deben ser sumamente cautelosos en el análisis de la existencia de su jurisdicción. El ejercicio de la jurisdicción sobre una controversia en la que un Estado no ha dado su consentimiento constituye un grave menosprecio de la soberanía del o de los Estados interesados. La determinación de la jurisdicción por parte de un tribunal *ad hoc* debe ser establecida de manera concluyente. La continuidad del trabajo de sus miembros depende de su propia decisión en la cuestión. Por todas las razones expuestas en la presente opinión disidente, considero que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la controversia que le ha sido sometida.

[*Firmado*]

Profesor Marcelo G. Kohen
Fecha: 10 de julio de 2020

⁸⁹ Laudo Parcial, par. 119.