

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES (MECANISMO COMPLEMENTARIO)**

En el procedimiento de arbitraje entre

LUIS GARCÍA ARMAS

Demandante

y

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Demandado

Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1

OPINIÓN DISIDENTE

Enrique Gómez Pinzón

OPINIÓN DISIDENTE

A. INTRODUCCIÓN

1. Independiente de la admiración y respeto que tengo por mis estimados colegas del tribunal arbitral, presento esta opinión disidente ya que discrepo de la conclusión a la que llegaron los có-arbitros (la “Mayoría”) respecto a que “(...) *el caso puede resolverse a nivel jurisdiccional dado que, a la luz de los argumentos y pruebas de las partes y del derecho aplicable definido por el TBI, la jurisdicción es inexistente y, como consecuencia, la reclamación inadmisibles*”. Lo anterior, debido a que “*la inversión alegada por el Demandante no sería una inversión internacional protegida por el TBI aplicable ni su reclamo admisible*”.¹
2. Para llegar a la conclusión transcrita en el numeral anterior, la Mayoría presentó los argumentos que se resumen a continuación: “*a) la inversión que alega el Demandante no se corresponde con la definición del término “inversiones” que a los efectos del TBI define en su artículo 1 (2); (b) que el objeto del Tratado es lo de promover y proteger las inversiones internacionales realizadas por los inversores de una de las Partes Contratantes del TBI en el territorio de la otra Parte Contratante y viceversa y no se extiende, por lo tanto, a las inversiones de un carácter meramente nacional; c) el Demandante, que nunca declaró ser un inversionista extranjero, es efectivamente un accionista de las empresas familiares venezolanas expropiadas por la Demandada pero no ha probado en este arbitraje haber adquirido las acciones en cuestión mediante una “contribución” en efectivo o en especies y no a título gratuito; y finalmente d) la definición por el Demandante del objeto y fin de la “litis” en la presente arbitraje está en tan flagrante contradicción con su declaración de voluntad previa al respecto - notificada el 18 de septiembre de 2012 a la Demandada (Anexo R-122) - que no se corresponde con las exigencias de la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos tal y como lo disponen tanto el derecho internacional como el derecho de Venezuela que es la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la alegada inversión*”².
3. Por las siguientes razones, considero que dichas conclusiones son erradas: (i) el Demandante califica como “inversor” y las inversiones realizadas por éste califican como “inversiones” en los términos del artículo I del Tratado pues (a) Luis García Armas es un “inversor” protegido por el TBI al ser un nacional español que realizó inversiones en el territorio venezolano y que por obtener la credencial de “*inversionista nacional*” ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX), no perdió su nacionalidad española; (b) las acciones de propiedad del Demandante en las Empresas son inversiones protegidas por el TBI, al ser participaciones accionarias debidamente registradas, según se probó en el proceso a través de los libros de

¹ Las abreviaciones utilizadas en esta Opinión Disidente tienen el mismo significado atribuido a ellas en el Laudo.

² Laudo, ¶ 246

registro de accionistas, sin que se requiera de una “*acción de invertir*” o de un flujo transfronterizo para ser protegidas por el TBI; (ii) la Mayoría incurre en un yerro de hecho, respecto al uso del principio general de derecho de los actos propios, pues unifican y confunden la personalidad jurídica de las Empresas de la cuales es accionista el Demandante a la de él como persona física independiente; y (iii) la Demandada violó el TBI, específicamente frente a la expropiación y al trato justo y equitativo.

4. A mi juicio, el análisis sobre la violación del Tratado se realiza debido a la relación intrínseca e inescindible entre la decisión del fondo del caso y la jurisdicción del Tribunal. Considerar ambos aspectos como un conjunto es esencial para garantizar una resolución integral, equitativa y conforme a derecho en el proceso arbitral.

B. EL DEMANDANTE CALIFICA COMO “INVERSOR” Y LAS INVERSIONES REALIZADAS POR ESTE CALIFICAN COMO “INVERSIONES” EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO I DEL TRATADO

5. Coincido con la Mayoría en cuanto a que el TBI tiene el fin de proteger “*a los inversores e inversiones de la otra Parte Contratante, es decir inversiones de extranjeros únicamente*”³. Sin embargo, difiero de la conclusión de la Mayoría respecto a que el Demandante y sus inversiones no cumplen con los requisitos establecidos por el artículo I del TBI para encontrarse protegidos.
6. A continuación, se transcribe la disposición del Tratado aplicable a este caso:

“Artículo I. Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

1. Por «inversores» se entenderá:

a) Personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante, así como las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante.

³ Laudo, ¶ 216.

2. Por «inversiones» se designa **todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante** y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

a) **Acciones**, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;

b) **Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin;**

c) **Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;**

d) **Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de intervención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos técnicos y fondo de comercio;**

e) **Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la Ley o en virtud de un contrato, inclusive los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”** (Resaltado por fuera del texto original).

7. En este sentido, es claro que el artículo I del TBI prevé que (i) se considerará como “inversores” aquellas personas que a) tengan **nacionalidad** de una de las partes contratantes, esto es el Reino de España o la República de Venezuela y b) realicen **inversiones** en el otro país; y (ii) son inversiones “*todo tipo de activos invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante*”, entre ellas las **acciones**.

8. Por lo anterior, se analizará cada requisito de forma independiente para demostrar que el Demandante califica como “inversor” y las inversiones realizadas por este califican como “inversiones” en los términos del artículo I del Tratado.

I. LUIS GARCÍA ARMAS ES UN “INVERSOR” PROTEGIDO POR EL TBI – RATIONE PERSONAE

(1) EL DEMANDANTE ES UN NACIONAL ESPAÑOL

9. Para poder determinar si el Sr. García Armas se puede considerar como inversor bajo el artículo antes señalado, es esencial determinar su nacionalidad, esto es, si es nacional del Reino de España. Como consta en el acta de nacimiento del Sr. García Armas⁴, el Demandante es español de origen por haber nacido en territorio español y de padres españoles. Así mismo,

⁴ Anexo C-224

según se probó en el curso del proceso, jamás ha adquirido otra nacionalidad ni renunciado o perdido su nacionalidad de origen ⁵.

(2) LA CREDENCIAL DE “*INVERSIONISTA NACIONAL*” ANTE LA SIEX NO ALTERA LA CALIDAD DE INVERSOR DEL DEMANDANTE NI EL CARÁCTER DE SUS INVERSIONES, SIENDO ESTE NACIONAL ESPAÑOL CON INVERSIONES EXTRANJERAS EN VENEZUELA

10. Es incorrecto el análisis que aplicó la Mayoría frente a que el Demandante no es un inversor protegido por el TBI⁶. Al respecto, me separo de la interpretación según la cual, Luis García Armas, al registrarse como “*inversor nacional*”, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena, estaba impedido para formular “*cualquier invocación de su nacionalidad española a los efectos del Tratado*”.⁷
11. En el caso en concreto, es pertinente recordar que el 23 de noviembre de 1984, el Sr. García Armas adelantó todos los trámites necesarios para obtener la credencial de “*inversionista nacional*” ante la SIEX; con el fin, entre otras cosas, de poder acogerse a la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.⁸
12. Al solicitar ese estatus especial, el Demandante presentó una declaración notariada “*certificando los requisitos que comprobaran su efectiva nacionalidad y residencia venezolana*”, y renunciando expresamente a remitir dividendos al exterior. Con dicha declaración probó que (i) **era ciudadano extranjero** y (ii) con más de un año de **residencia** ininterrumpida en Venezuela.
13. Como se señaló en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal, de fecha 24 de julio de 2020, (i) la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena buscaba crear un ambiente propicio a la inversión extranjera en los territorios de la Comunidad Andina, del cual hacía parte Venezuela, por lo que se constituyó bajo una normativa de ámbito regional internacional latinoamericano totalmente ajena al Reino de España; y (ii) el requisito de extranjería por parte del Demandante era necesario y esencial para poder ostentar el estatus de “*inversionista nacional*” y ser emitida su credencial, sin dejar de ser español. Por lo tanto, la obtención de la credencial de “*inversionista nacional*” ante la SIEX por parte del Demandante requería precisamente que este fuera extranjero, y de su obtención no puede entenderse que haya derivado en la pérdida de su nacionalidad de origen, ni la adquisición de la nacionalidad venezolana.

⁵ Artículo 17 del Código Civil español (texto vigente entre el 16 de agosto de 1889 y el 4 de agosto de 1954), aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”) núm. 206, 25 de julio de 1889, Anexo C-89.

⁶ Laudo, ¶ 216 a 219.

⁷ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 140.

⁸ Credencial de Inversor Nacional emitida por la SIEX (Anexo R-09).

14. Vale la pena hacer énfasis en que la obtención de la credencial del SIEX no conllevó a la pérdida de la nacionalidad española del Demandante, ni a la adquisición de la venezolana, y que dicha situación fue reiterada por el mismo Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción del 24 de julio de 2020, antes mencionada, en la cual señaló:

*“422. Es muy importante tener presente que bajo la denominación de inversionista nacional están comprendidos los nacionales venezolanos y los extranjeros que cumplan con ciertas condiciones. Considerando que el Demandante tuvo que renunciar a determinados derechos para acceder a esa categoría de inversionistas, la Demandada alega que la renuncia de dichos derechos equivaldría a la renuncia de la nacionalidad española. **Sin embargo, no hay en el expediente ninguna referencia a que el Demandante adquirió la nacionalidad venezolana o perdió la española. Efectivamente, no hay ninguna referencia porque, en la opinión del Tribunal, la Demandada es consciente de que el Demandante jamás ha adquirido otra nacionalidad ni renunciado o perdido su nacionalidad de origen.***

423. El Tribunal Arbitral considera que es un principio de derecho que la renuncia a la nacionalidad, teniendo en cuenta sus efectos, no puede ser presumida; debe de ser expresamente declarada y la interpretación de esa declaración debe ser restrictiva.

(...)

*425. **Si no fuera por el hecho de que su nacionalidad española no fue afectada en ningún momento y permanece intacta, el Demandante no tendría derecho a dicha credencial.***

(...)

*431. Los documentos anexos al expediente, más precisamente, la credencial de inversionista nacional expedida por la SIEX, en 1984, en nombre del Demandante, militan en su favor ya que gozan de presunción juris tantum. **Estos documentos reflejan y reafirman la nacionalidad española del Demandante en el momento mismo de la expedición de la respectiva credencial de inversionista nacional y que la titularidad de esa nacionalidad era requisito esencial para que el Demandante pudiera requerirla y verla otorgada. Además, no hay en el expediente ninguna alegación de que el Demandante, con posterioridad a dicha fecha, hubiera renunciado a su nacionalidad de origen.** No existe tampoco en el expediente prueba alguna de que el Demandante haya solicitado, en algún momento, la adquisición de la nacionalidad venezolana o haber hecho alguna solicitud al respecto que hubiese sido denegada por las autoridades venezolanas.*

432. Considerando lo que precede, el Tribunal Arbitral refuta el argumento de la Demandada de renuncia a la nacionalidad española por el Demandante por práctica de actos incompatibles con la preservación de su nacionalidad extranjera y no encuentra justificación para aceptar bajo ese argumento la carencia de jurisdicción *ratione personae* del Tribunal Arbitral”. (Resaltado fuera del texto original)

15. Por lo anterior, se rechaza cualquier manifestación o insinuación de la Mayoría, respecto a que el Demandante es un nacional venezolano o que su inversión adquirió la calidad de nacional por la obtención de la credencial del SIEX. De manera puntual, no se entiende las razones por las cuales Mayoría manifiesta lo siguiente:

“214. (...) es evidente que el Demandante no realizó personalmente de alguna manera ni participó en ningún supuesto en la realización de una inversión internacional protegida por el TBI. **En todo caso, de haber realizado personalmente alguna acción de invertir, esta hipotética inversión hubiera sido una inversión nacional venezolana exclusivamente pues el Demandante se registró como “inversor nacional” a pesar de su nacionalidad española de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena,** mientras que sus hermanos y demás miembros de la familia, todos ellos con nacionalidad venezolana, no se registraron, en ningún momento pues no estaban obligados a hacerlo de acuerdo con la legislación venezolana por no ser inversores extranjeros sino inversionistas nacionales.

(...)

216. En todo caso, el Demandante, como sus hermanos y demás parientes venezolanos, no fueron en ningún momento inversores protegidos por el TBI, cuyo objeto y fin **no es proteger a inversores o inversiones nacionales**”⁹. (Resaltado fuera del texto original)

16. Yerra la Mayoría al concluir que el hecho de que el Demandante haya adquirido la credencial de “*inversionista nacional*” por la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y posteriormente el Decreto Ley venezolano¹⁰, conlleve a una pérdida de su nacionalidad o alteración del carácter de sus inversiones, siendo ahora inversiones nacionales venezolanas, y restringiendo así el uso del TBI como instrumento de protección.
17. Teniendo en cuenta lo anterior, procedo a analizar si la solicitud de la credencial de “*inversionista nacional*” del Demandante expedida por la SIEX generó la pérdida de su nacionalidad española y con ello, su derecho a invocar la aplicación y protección del TBI.

⁹ Laudo, ¶ 214 y 216.

¹⁰ Anexo RLA-115.

18. Es claro que los países pueden crear, mediante ley o tratado, categorías de inversiones que equiparen al inversionista extranjero con el inversionista nacional, con el fin de promover la retención de recursos y fomentar la reinversión de ganancias en el territorio nacional. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa, el Acuerdo de Cartagena, del cual era partícipe Venezuela, permite considerar también como inversionistas nacionales a “*las personas naturales extranjeras con una residencia ininterrumpida en el país receptor no inferior a un año, que renuncie ante el organismo nacional competente al derecho de reexportar el capital y de transferir utilidades al exterior*”¹¹.
19. En 1984 el Demandante solicitó a la SIEX que le fuera otorgado el estatus de “*inversionista nacional*”, para poder recibir tratamiento de “*inversionista nacional*” a los efectos, exclusivamente de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena. Para ello, y como se señaló anteriormente, el Demandante probó (i) **ser ciudadano (esto es ciudadano español)**; (ii) un año de **residencia** ininterrumpida en Venezuela; y renunció a reexportar capitales de su propiedad y a remitir al exterior los dividendos por ellos generados.
20. La renuncia de dichos derechos (reexportar capitales y de transferir utilidades al exterior) no puede equivaler a la renuncia de la nacionalidad española, ni a la pérdida de su calidad de inversor en los términos del artículo I del TBI, como parece entender la Mayoría. Lo anterior, ya que, como lo reconoció el mismo Tribunal en la Decisión sobre Jurisdicción de 24 de julio de 2020, “*es un principio de derecho que la renuncia a la nacionalidad, teniendo en cuenta sus efectos, no puede ser presumida; debe de ser expresamente declarada y la interpretación de esa declaración debe ser restrictiva*”¹². Así lo confirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que la renuncia a la nacionalidad “*se refiere al derecho de las personas a renunciar a una nacionalidad, de acuerdo con lo previsto en la normativa del Estado, y siempre que la persona tenga o adquiera otra nacionalidad en su lugar. El acto de renuncia requiere de una manifestación formal y voluntaria de la persona interesada*”¹³.
21. De igual forma, es importante señalar que tanto la solicitud de la credencial de “*inversionista nacional*”, como el propio texto de ésta, califican al Demandante como ciudadano español residente en Venezuela. Si no fuera por su calidad de extranjero en razón a su nacionalidad española, la cual no fue afectada en ningún momento y permanece intacta, el Demandante no tendría derecho a dicha credencial. De este modo, la credencial, muy contrario a poder ser usada en contra del Demandante, es un medio de prueba que éste tiene frente al reconocimiento por parte del Gobierno Venezolano del cumplimiento del requisito de extranjería necesario y

¹¹ Artículo 1 de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹² Decisión de Jurisdicción del Tribunal, ¶ 423.

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 2/23 sobre derecho a la nacionalidad, prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad y apatridia. Recuperada de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2023/Res-2-23-ES.pdf>

esencial para poder ostentar el estatus de “*inversionista nacional*”, sin dejar de ser nacional español.

22. Por otro lado, es oportuno resaltar que la credencial otorgada por la SIEX tenía un carácter temporal, manteniendo su validez siempre y cuando el demandante conservara su condición de residente en el país; demostrando que el estatus por equiparación estaba relacionado con la residencia en Venezuela — y no la nacionalidad—. Por lo cual, no existe ninguna incompatibilidad entre la aplicación a la credencial de “*inversionista nacional*” por parte del Demandante y la preservación de su nacionalidad española, pues fue gracias a esta última que obtuvo su estatus.
23. Por último, no consta en el expediente ningún documento o alegación que pruebe o asevere que (i) el Demandante hubiera renunciado a su nacionalidad de origen; (ii) el Demandante haya solicitado la adquisición de la nacionalidad venezolana; o (iii) que el derecho del Demandante en virtud del TBI haya sido de alguna manera afectado hasta el punto de privarle de todo elemento de extranjería.
24. Ahora, el Tratado establece criterios específicos para definir qué son las “*inversiones*” para considerarse protegidas por éste, estableciendo que son “*todo tipo de activos invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante*”. Entonces, no debe interpretarse que la categoría de “*inversionista nacional*” a la que se acogió el Demandante conlleva a interpretar que sus inversiones, a pesar de ser del extranjero, se convierten en inversiones nacionales, pues las dos cuestiones son independientes y no guardan relación entre sí. Las inversiones son protegidas con base en los requisitos del Tratado, no en la distinción del estatus al que se acoge el inversor.
25. En este orden de ideas, es claro que el Demandante, al obtener la credencial de “*inversionista nacional*” ante la SIEX: (i) no perdió su nacionalidad de origen (española); (ii) no adquirió la nacionalidad venezolana en virtud de su nuevo estatus; y (iii) no conlleva a interpretar que sus inversiones son nacionales. Por lo cual, no es correcto lo que afirma la Mayoría respecto a que “*de haber realizado personalmente alguna acción de invertir, esta hipotética inversión hubiera sido una inversión nacional venezolana exclusivamente pues el Demandante se registró como “inversor nacional” a pesar de su nacionalidad española de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena*”¹⁴; sino que, por el contrario (i) el Demandante al ser un nacional de España, es un “*inversor*” conforme lo establece el TBI, cumpliendo con el requisito de *ratione personae*, al ser una persona física con nacionalidad de la otra Parte Contratante; y (ii) sus inversiones son protegidas por el TBI al ser acciones emitidas por

¹⁴ Laudo, ¶ 214.

Empresas venezolanas que constituyen una inversión en Venezuela por un inversor español, según se explica a continuación.

(3) EL DEMANDANTE REALIZÓ INVERSIONES EN EL TERRITORIO VENEZOLANO

26. Continuando con el análisis de los requisitos exigidos por el Tratado y habiendo demostrado que el Demandante cumple con el requisito de nacionalidad para ser un “*inversor*” protegido, de acuerdo con el Artículo I del TBI, una persona física con la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, sólo adquiere definitivamente la calidad de inversor protegido por el Tratado si ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, siendo en este caso Venezuela.
27. En el caso que nos atañe, el Demandante cuenta con la propiedad de acciones de una pluralidad de Empresas debidamente constituidas en el territorio venezolano. Cumpliéndose así, el segundo requisito determinado por el Tratado para ser un inversor protegido, pues como se analizará más adelante, el TBI no contiene ningún requisito que vaya más allá de la propiedad por un inversor de una Parte Contratante de activos en el territorio de la otra Parte Contratante.

II. LAS ACCIONES DEL DEMANDANTE SON INVERSIONES PROTEGIDAS POR EL TBI

(1) LAS INVERSIONES NO REQUIERE DE UNA “*ACCIÓN DE INVERTIR*” PARA SER PROTEGIDAS POR EL TBI

28. La Mayoría estuvo en lo correcto al afirmar que:

“(…) el derecho soberano de España y Venezuela de definir en sus relaciones mutuas el término “inversiones” como lo han hecho en su TBI es incuestionable y esa voluntad común de los dos Estados debe ser respetada en la interpretación y aplicación del TBI.

(…) por lo que, no cabe atribuir al término “inversores” en el párrafo 2 del artículo 1 del TBI un significado distinto al del definido para los “inversores que sean personas físicas” en el párrafo 1 del artículo 1 del TBI.

Una interpretación del artículo 1(2) del TBI que ignore la definición de “inversores” del artículo 1(1)(a) - o que no dé efecto al término “inversores” en el mencionado artículo 1(2) - no es jurídicamente admisible pues equivaldría a no dar efecto alguno en el proceso interpretativo nada menos que al contexto más inmediato de la definición del término “inversores””¹⁵.

29. Sin embargo, a pesar de la prohibición explícita de añadir contenido al interpretar un tratado, la Mayoría decidió actuar en contrario y atribuirle un elemento adicional a la definición de

¹⁵ Laudo, ¶ 204, 206 y 207.

“inversiones”, exigiendo como necesario comprobar que haya habido una “acción de invertir”, para argumentar la no asunción de la jurisdicción en el presente caso.

30. Como regla general de interpretación de los tratados, se encuentra el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone que “1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”; entendiendo el término “sentido corriente” como el sentido natural y ordinario de los términos teniendo en cuenta el contexto en que aparecen.

31. El alcance de la jurisdicción *ratione materiae* está dado por la definición de “inversiones” en el Tratado¹⁶. El artículo I (2) del Tratado define las inversiones protegidas como “*todo tipo de activos*”, incluyendo en la enumeración no taxativa, “*acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades*”, así como “[d]erechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico” y “[b]ienes muebles e inmuebles”.

32. No obstante, la claridad de dichas normas, la Mayoría afirma que:

*“[n]o hay duda posible, por lo tanto, que el intérprete al determinar el sentido corriente que hay que dar al término “inversores”, cuando es una “persona física” en el artículo 1(2) en su contexto como ordena el artículo 31 (1) de la CVDT, debe aplicar la definición del término “inversores” del artículo 1(1)(a) del TBI y, por consiguiente, entender que la persona física de que se trate, el Demandante en el presente caso, tenga no solamente la nacionalidad de la otra Parte Contratante, sino también que haya realizado el mismo la inversión en el territorio de la otra Parte Contratante en cuestión. En consecuencia, las “inversiones” protegidas por el TBI abarcan efectivamente todo tipo de activos, **pero únicamente cuando se trate de activos invertidos efectivamente por el propio inversor en el territorio de la otra Parte Contratante, es decir, cuando el inversor haya realizado él mismo la acción de invertir, tal como alega la Demandada**”¹⁷. (Resaltado fuera del texto original)*

33. Así mismo, la Mayoría señaló que:

*“242. Lo que debe probar, por lo tanto, al respecto el Demandante no es solamente el hecho de la tenencia de las acciones de las empresas expropiadas mediante instrumentos legales perfectamente legítimos de acuerdo con el derecho venezolano, **sino que - para que dicha tenencia pueda calificarse de una inversión internacional protegida por el TBI España- Venezuela - adquirió dichas acciones mediante una “contribución” de su parte***

¹⁶ Anexo C-012, Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela, firmado en Caracas el 2 de noviembre de 1995.

¹⁷ Laudo, ¶ 209.

en caudales o en especies. *Para este Tribunal Arbitral el Demandante no ha administrado dicha prueba*". (Resaltado fuera del texto original)

34. No obstante, a lo señalado por la Mayoría, debe indicarse que a diferencia de otros tratados bilaterales que pueden tener definiciones más restrictivas, esta definición es amplia y no impone requisitos específicos sobre la naturaleza de las inversiones protegidas. El TBI no contiene cláusulas restrictivas que limiten su alcance de protección, como las cláusulas de “denegación de beneficios” o de “origen de capital”, que eran comunes en el momento de la firma del tratado en noviembre de 1995; ni tampoco impone requisitos adicionales, como proteger contra la práctica de “*treaty shopping*” o sobre el origen de los fondos invertidos. Por lo tanto, la Mayoría no puede aplicar condiciones adicionales que no están contempladas en el Tratado para determinar su jurisdicción.
35. Resulta pertinente, entonces, tener en cuenta que la problemática frente al alcance de la definición de las inversiones protegidas por el Tratado entre el Reino de España y la República Bolivariana de Venezuela ya ha sido estudiada a nivel jurisprudencial. Al respecto, en la decisión del Tribunal Federal Suizo, que anuló la decisión del tribunal arbitral en el caso *Clorox c. Venezuela*¹⁸, al analizar el mismo Tratado que en este proceso aplicamos, este estableció que:

“3.4.2.5. The BIT does not provide any distinguishing criteria or characteristics of an “investment”. Its definition of the term (cf. supra, at. 3.3.2.1) corresponds to a very classical and common definition assimilating an investment to any type of assets “invested” in the territory of the other contracting party (...) as well as an illustrative list of investments including any form of participation in local companies. Compared to other types of definitions contained in some bilateral investment treaties, this definition can be distinguished by its breadth. Apart from the disputed formula “invested by investors”, it must be noted that this definition does not contain any particular restriction or requirement regarding the nature of protected investments. On the contrary, it would seem that contracting states sought to include a wide range of investments, taking care to stress the non-exhaustive nature of the list – although provided – of examples of assets to be considered as investments (“in particular, although not exclusively, the following assets [...]” “en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes [...])”.

3.4.2.6. It is not uncommon for investment treaties to contain restrictive clauses aimed at narrowing their scope of protection. (...)

(...)

¹⁸ Memorial de Réplica, ¶63; Memorial de Dúplica sobre Objeciones Subsistentes, ¶ 12-15; EPA del Demandante, ¶22.

It must be noted that the BIT does not contain any clause of this type. It does not contain any provision which could be likened to a “denial of benefit clause” or “origin of capital clause”⁴³ or any other provision introducing additional conditions so that an asset held by an investor of one of the contracting states may be regarded as an investment within the meaning of the treaty, even though such clauses were already commonplace at the time of the conclusion of the BIT, in November, 1995. (...)

(...)

(...) there is nothing to indicate that the BIT does not reflect the will of the contracting states to exclude such investment from its scope of application. Not only have they provided a particularly broad and open definition of the term “investment”, they have also refrained from including provisions introducing additional requirements designed to protect against the practice of “treaty shopping”⁴⁵ or relating to the source of the funds invested, even though such clauses are widespread in international investment practice. There is no reason to infer from the phrase “invested by investors” the requirement of an active investment that must have been made by the investor itself in return for consideration. Quite to the contrary, the BIT does not contain any requirements going beyond the holding by an investor of one contracting party of assets in the territory of the other contracting party. Consequently, the Arbitral Tribunal cannot be followed when it relies on additional conditions, which it considers not to be fulfilled in the present case, to declare that it lacks jurisdiction. (...)

36. De este modo, es claro que el TBI no exige criterios o características adicionales para lo que constituye una “inversión” — como por ejemplo que exista un flujo transfronterizo de recursos o la existencia de “contribución” en caudales o en especies — considerándola como cualquier tipo de activo “invertido” en el territorio de la otra Parte Contratante, incluyendo una lista no taxativa de inversiones, como la participación en empresas locales.

37. Así, en el presente caso, la única cuestión respecto de las participaciones accionarias es si el demandante ha probado la existencia de dichas acciones y su titularidad, que a su vez otorgan derechos sobre los bienes de las Empresas. Y por ello, no es relevante para este asunto i) que las acciones de propiedad del señor Luis García las haya adquirido mediante una contraprestación en dinero o en especie; o ii) que la inversión se haya registrado en el registro de inversión creado en 1974.

(2) LOS LIBROS DE ACCIONISTAS SON PLENA PRUEBA VÁLIDA Y SUFICIENTE DE LA TITULARIDAD DE LAS ACCIONES DEL DEMANDANTE COMO INVERSIONES PROTEGIDAS POR EL TBI

38. Teniendo en cuenta lo mencionado por la doctrina, la ley aplicable en una cuestión relacionada con la existencia o el alcance de los derechos de propiedad que comprende la inversión es la ley municipal del Estado receptor, incluidas sus normas de Derecho Internacional Privado. En este sentido, Zachary Douglas, ha establecido que:

*“Investment disputes are about investments, investments are about property, and property is about specific rights over tangibles and intangibles cognizable by the municipal law of the host state. General international law contains no substantive rules of property law. Nor do investment treaties purport to lay down rules for acquiring rights in rem over tangibles and intangibles. Whenever there is a dispute about the scope of the property rights comprising the investment, or to whom such rights belong, there must be a reference to a municipal law of property. Insofar as investment treaties require a territorial nexus between the investment and one of the contracting state parties, that property law is the municipal law of the state in which the claimant alleges that it has an investment. Take the example of an investment in shares. The protection of an investment treaty is contingent upon securing the legal rights to those shares in accordance with the relevant municipal law where the company is incorporated. If the investment in shares is made in England, legal ownership arises upon entry onto the share register. Thus, in order for a Russian investor in England to perfect its investment in the shares of an English company and attract the protection of the UK/Russia BIT, it would not be sufficient to accept delivery of share certificates, as would be the case in other jurisdictions such as New York”.*¹⁹

39. Conforme lo establece el derecho venezolano, respaldado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del país, la propiedad accionaria se prueba con los libros de accionistas de dicha sociedad, los cuales gozan de presunción de veracidad.

40. Al respecto, el artículo 296 del Código de Comercio venezolano establece que: *“La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados”*²⁰

41. Realizando el análisis de la normativa mencionada previamente la jurisprudencia nacional venezolana ha establecido que:

“se aprecia, que tanto la Sala Civil como la Sala Constitucional, de manera reiterada han sostenido que la propiedad de las acciones nominativas se transfieren mediante su inscripción en los libros de accionistas de la compañía, y el comprador a través de un acto jurídico válido adquirirá la condición de

¹⁹ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), (Anexo RLA-105). *AIG v Kazakhstan* (Merits) 11 ICSID Rep 7, 48/10.1.4; *Zhinvali v Georgia* (Preliminary Objections) 10 ICSID Rep 3, 69/301; *EnCana v Ecuador* (Merits) 12 ICSID 427, 476–7/184– 8; *Nagel v Czech Republic* (Merits) (‘the terms ‘investment’ and ‘asset’ in Article 1 of the Investment Treaty cannot be understood independently of the rights that may exist under the law of the Czech Republic’); *SwemBalt v Latvia* (Merits) para. 35; *Saluka v Czech Republic* (Merits) para. 204; *Bayview v Mexico* (Preliminary Objections) paras. 98, 102, 118; *Fraport v Philippines* (Preliminary Objections) para. 394; *Azinian v Mexico* (Merits) 5 ICSID Rep 272, 289/96; *BG v Argentina* (Merits) paras. 102, 117; *Casado v Chile* (Merits) paras. 179–230.

²⁰ Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio, publicada en Gaceta Oficial No. 475 (Extraordinario), 21 de diciembre de 1955, Anexo C-229, artículo 296.

accionista frente a la sociedad después que el acto traslativo de dominio haya sido inscrito en el referido libro de accionistas.

(...)

la venta de acciones no se prueba con el hecho de que las mismas hayan sido realizadas a través de asamblea extraordinaria de socios, sino a través del asiento que se haga de las mismas en el Libro de Accionistas (...).²¹

42. Asimismo, el jurista Alfredo Morales ha establecido que, en el derecho societario venezolano, el libro de accionistas es un instrumento del sistema de publicidad registral que cuenta con los efectos jurídicos de (i) legitimación; (ii) inoponibilidad; y (iii) fe pública registral. Es decir, se presume que quien se encuentra inscrito en el registro es titular del derecho, un título no inscrito no puede ser oponible a uno inscrito y que la adquisición de un derecho de quien aparece como titular en el registro, de buena fe, es válida²². Confirmando así que los libros de accionistas cuentan con una presunción de exactitud y veracidad de registro, frente a los cuales recae la carga de la prueba en quién pretenda cuestionarla.
43. De este modo, los libros de accionistas proporcionados por el Demandante²³ deben ser considerados como plena prueba válida y suficiente de la titularidad de las acciones, teniendo en cuenta que, además, por su lado, Venezuela, teniendo la carga de rebatir la presunción de la cual gozan los libros de accionistas aportados al proceso –al ser ella quien cuestionó su veracidad–, no argumentó ni probó que existiera algún defecto en dichos libros. Por lo anterior, las inversiones realizadas por el Demandante, correspondiendo éstas a sus participaciones accionarias, se encuentran debidamente protegidas por el TBI.
44. Así mismo, debe decirse que la Mayoría reconoció que *“el Demandante, (...) es efectivamente un accionista de las empresas familiares venezolanas expropiadas por la Demandada (...)”*. Por lo tanto, su calidad de accionista de dichas empresas es suficiente para considerar la existencia de una “inversión” a la luz del artículo 2 del Tratado.

²¹ Sentencia del 1 de marzo de 2024. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de casación. República Bolivariana de Venezuela. Magistrado Ponente: José Luis Gutierrez Parra. Exp. AA20-C-2023-000145. Recuperado de: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2024/03/SCC-000079-1-3-2024.pdf>

²² Alfredo Morales, Cuestiones de Derecho Societario, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas (2006), Anexo CLA-179.

²³ Ver Libro de Accionistas de Friosa, Anexo C-3, pág. 32 (Luis García Armas); Libro de Accionistas de La Fuente, Anexo C-5, pág. 20 (Luis García Armas); Libro de Accionistas de Koma, Anexo C-10, pág. 15 (Luis García Armas). Libro de Accionistas de Ingahersa, Anexo C-301, pág. 4 (Luis García Armas); Libro de Accionistas de Gaisa, Anexo C-8, pág. 9 (Luis García Armas); Libro de Accionistas de La Meseta, Anexo C-20.

45. Adicionalmente, la Mayoría se equivoca al considerar que el objetivo del Tratado requiere, además, promover el flujo transnacional de capitales, afirmando que:

“El requisito de que la inversión protegida por el TBI sea una inversión extranjera en el sentido indicado y que, como regla general, exista un flujo transfronterizo de caudales fue rechazado reiteradamente por el Demandante como incompatible con lo que dispone el TBI. Estos alegatos del Demandante desconocen, sin embargo, que el TBI se concluyó en 1995 y entró en vigor en 1997 y debe ser interpretado a la luz de las circunstancias y del derecho contemporáneo a su conclusión. En esas fechas, tanto España como Venezuela aceptaban el Convenio del CIADI (artículo XI (2) (b) del TBI) y redactaron su TBI teniendo en cuenta la posibilidad de acudir, para la resolución de controversias entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante, al CIADI. Por lo tanto, el TBI no debe, ni puede interpretarse de manera incompatible con el objeto y fin del propio Convenio del CIADI, como sería, por ejemplo, afirmar que se trata de un TBI que protege inversores o inversiones nacionales o de un TBI que desconozca que estimular el flujo de inversiones privadas extranjeras hacia el territorio del Estado receptor de la inversión sea también uno de los principales objetivos del TBI concluido en 1995.

Al respecto, es oportuno recordar que el primer párrafo del preámbulo del Convenio del CIADI subraya la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico, así como la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado. Asimismo, el estímulo del flujo de inversiones internacionales de carácter privado es también un objetivo general del Convenio del CIADI - que no se cumple tampoco en el presente caso -, como explica, con claridad meridiana, el Informe de los Directores Ejecutivos en sus párrafos 9-14, explicación que concluye declarando expresamente que estimular un mayor flujo de inversiones internacionales privadas en el territorio de la otra Parte Contratante constituye el propósito principal del Convenio del CIADI”²⁴.

46. Sin embargo, como lo ha establecido la jurisprudencia *“Aunque el objeto y fin de un tratado es un elemento relevante de interpretación, su determinación a partir del preámbulo debe mirarse con cautela, porque este es, por lo general, una declaración muy amplia como para inferir una regla precisa y operativa de interpretación de un concepto específico (...). En este caso, si las Partes Contratantes hubiesen querido pactar una regla particular en la materia,*

²⁴ Laudo, ¶ 217 y 218.

lo razonable hubiese sido un acuerdo expreso, en lugar de confiarla a un ejercicio de deducción a partir de consideraciones generales contenidas en el preámbulo”²⁵.

47. Primero, es fundamental señalar que el Convenio CIADI no requiere explícitamente como obligatorio el flujo transfronterizo para que una inversión se encuentre protegida. El CIADI se centra en proporcionar un medio imparcial para la resolución de disputas entre inversores y Estados con base en las estipulaciones por ellos pactadas. En el caso que nos atañe, el Tratado no recoge conceptos sobre el origen del capital o la obligatoriedad de un flujo transfronterizo para determinar la protección de una inversión, como sí sucede en otros tratados bilaterales de inversión celebrados por Venezuela en la misma época.²⁶ Por lo anterior, la Mayoría agrega una condición adicional a la inversión determinada en el Tratado, que no fue acordada entre las Partes Contratantes, ni establecida por el Convenio CIADI como aplicación automática, y que por lo tanto, no debe ser tenida en cuenta.

48. En todo caso, el artículo 3 del Reglamento MC establece que “[p]uesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, **ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos**”²⁷ (Resaltado por fuera del texto original). Teniendo en cuenta la restricción de aplicación del Convenio CIADI que se establece en el Reglamento MC, que aquí nos rige, sorprende entonces su uso en el análisis interpretativo de la Mayoría.

C. LA MAYORÍA INCURRE EN UN YERRO DE HECHO, RESPECTO AL USO DEL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL LAUDO

49. Por último, no concuerdo con la desvinculación que asumió la Mayoría, frente a la protección que le otorga el Tratado al Demandante, en razón del anexo R-122, correspondiente a una carta de 18 de septiembre de 2012, remitida por parte de los representantes de las sociedades mercantiles Friosa, Koma y La Fuente, a la Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela, por aplicación del principio general del derecho de los actos propios.

²⁵ Fernando Trapote v. Venezuela (I). Permanent Court of Arbitration. 31 de enero de 2022. Laudo final.

²⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones, 16 de noviembre de 1993, art. 2.2; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones, 18 de noviembre de 1993 (Anexo C-333) art. I.3.

²⁷ Entendiendo: (i) “Centro” como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); y (ii) “Convenio” como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), “presentado a los gobiernos por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966”.

50. En la carta en cuestión, se informó al Gerente General de Litigios de la Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela que:

“Somos representante legales de las Sociedades Mercantiles: · 1) FRIGORIFICO ORDÁZ, S.A. (FRIOSA), 2) INVERSIONES KOMA,· S.A. (KOMA), 3) DELICATESES LA FUENTE, C.A., cuyos bienes fueron expropiados tal como consta del decreto número 7,703, emanado de Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 05 de octubre del 2010, publicado en la Gaceta Oficial número 39.524.

Como es de conocimiento de éste órgano del Estado, los representantes de la empresa cuyos bienes fueron expropiados, no llegaron a un arreglo amigable, en los términos establecidos en la Ley que rige la materia, razón por la cual la Procuraduría inició el procedimiento judicial previsto en la Ley.

En efecto, en fecha 27 de Junio del 2012 este órgano Interpuso una demanda ante la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, la cual fue admitida el 11 de julio del 2012, . cuyo expediente esta signado por el . número AP42-W-2012-000001 de la nomenclatura llevada por dicho órgano judicial.

*Ahora bien, encontrándonos en este estado del proceso, muy respetuosamente nos permitimos significarle que **hemos recibido instrucciones precisas de nuestro poderdante** de plantear ante el órgano judicial los actos de autocomposición procesal que sean procedentes de conformidad con la Ley, como puede ser, convenir en la demanda, es decir, no plantear ninguna oposición a los decretos de expropiación, para una mayor celeridad procesal con objeto de poner fin a dicho juicio, y que una vez homologada nuestra petición, el tribunal proceda a nombrar los peritos, tal como establece la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, para la realización del avalúo de los bienes expropiados, se establezca el justiprecio de los bienes y se proceda al pago respectivo.*

Por último, la razón por la cual nos dirigimos a este despacho, es para significarle que nuestra posición jurídica en este caso, es buscar el mecanismo de auto composición procesal más expedito para ponerle fin a ésta controversia judicial, razón suficiente para solicitar la colaboración de los poderes del Estado a tenor de lo establecido en el texto Constitucional y en particular del este Órgano, demandante, a los efectos de darle la celeridad procesal que requerimos para ponerle fin al presente juicio, para satisfacción de ambas partes”. (Resaltado fuera del texto original)

51. Ahora, es pertinente tener en cuenta los hechos considerados por el Mayoría para su toma de decisión. La Mayoría entiende que, posterior a la carta remitida, la Corte Contenciosa

Administrativa venezolana competente en primera instancia aprobó el Informe de la Comisión de Avalúo y determinó el monto de la compensación debida por la expropiación de las Empresas. Sin embargo, asumen que la familia García Armas, incluido el Demandante, solicitaron la apelación de la decisión²⁸, la cual se resolvió el 12 de agosto de 2015, a su favor, anulando dicho Informe por no haber tomado en consideración los peritos el valor fiscal, el valor comercial y los valores medios de los bienes expropiados. Previamente, esto es, el 1 de junio de 2015, el Demandante y sus familiares iniciaron un arbitraje internacional contra Venezuela, alegando la violación por la Demandada de las disposiciones relativas a la expropiación, al trato justo y equitativo y otras disposiciones del TBI y solicitando una compensación por la Demandada de los perjuicios ocasionados por los alegados ilícitos internacionales.

52. Frente a ello, la Mayoría estima que los “*actos del Demandante contradicen flagrantemente lo declarado en la carta de 18 de septiembre de 2012 (...) en la que se informa formalmente a la Demandada que no se cuestiona la legalidad de la expropiación de las empresas por el Gobierno de Venezuela, ni se alega tampoco la violación de ninguna otra disposición del TBI, limitando el objeto del litigio a una cuestión relativa a la determinación del justiprecio debido por la expropiación de las empresas de conformidad con la Ley Venezolana de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*”²⁹.
53. No obstante, en este caso es claro que quienes remitieron la carta en cuestión y presentaron la oposición al informe de avalúo³⁰ fueron los **representantes legales de las sociedades mercantiles expropiadas** por Decreto del Presidente de la República de Venezuela número 7703 de 5 de octubre de 2010 y no el Demandante, quien corresponde al Sr. Luis García Armas como inversor protegido por el TBI como persona física y no a las sociedades mercantiles – personas jurídicas– de las cuales es accionista.
54. Es pertinente recordar que, para el derecho internacional, los accionistas y la compañía tienen personalidades jurídicas independientes. Como se estableció en *Azurix v. Argentina (I)*:

“Un tratado sobre protección de inversiones con este efecto no altera la naturaleza legal del interés del inversor ni del propietario legal de la inversión, ni

²⁸ Laudo, ¶ 226. La Mayoría afirma que “*Pero los miembros de la familia García Armas, incluido el Demandante, apelaron contra la decisión de la Corte venezolana de primera instancia alegando que el “Informe de Avalúo” estaba viciado*”.

²⁹ Laudo, ¶ 231.

³⁰ Anexo C-219. Página 11. La Corte establece que le corresponde “*decidir sobre la oposición al informe de avalúo consignado en fecha 21 de noviembre de 2014, manifestada por la representación judicial de Frigoríficos Ordáz, S.A. (FRIOSA), Inversiones Koma y Delicatesses Las Fuentes, los cuales conforman el expropiado Complejo García Armas Hermanos, S.A. (GAISA) que aparece mencionado en el Decreto Presidencial N° 7703, de fecha 5 de octubre de 2010 (publicado en Gaceta Oficial N° 39.524), luego reformado parcialmente a través del Decreto N° 8958, de fecha 8 de mayo de 2012 (publicado en Gaceta Oficial N° 39.917)*”.

ignora las personalidades jurídicas independientes y los derechos y obligaciones independientes del accionista y de la sociedad. En cambio, simplemente garantiza que sea cual sea el interés, legal o no, del inversor, este gozará de cierta protección".³¹ (Resaltado fuera del texto original)

55. Así, la personalidad jurídica es una facultad otorgada a las sociedades, que les confiere su existencia a la vida jurídica como sujetos de derecho autónomos y separados de quienes las componen, lo que les permite asumir derechos y obligaciones propias. Es decir, que, en el caso en concreto, las expectativas de no oposición a la legalidad de las expropiaciones a las que se comprometieron las sociedades mercantiles (FRIOSSA, KOMA y DEL.ICATESES LA FUENTE C.A) no son vinculantes a los accionistas de dichas empresas, entre ellos el Demandante.

56. Como se estableció en el Laudo, el juez Ricardo Alfaro, entonces Vicepresidente de la CIJ, en su Opinión Individual del caso del *Templo de Preah Vihear* definió el principio de los actos propios de la siguiente manera:

*“Cualesquiera que sean el término o términos que se emplean para designar el principio, tal como se le ha aplicado en la esfera internacional, su esencia es siempre la misma: la contradicción entre las reclamaciones o alegaciones avanzadas por un Estado y su conducta anterior en relación con ellas, no es admisible (allegans contraria non audiendus est). Su fin es siempre el mismo: no puede permitirse a un Estado que se beneficie de su propia inconsecuencia en perjuicio de otro Estado (nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam). A fortiori, no puede permitirse a una parte que se beneficie de su propia inconsecuencia cuando sus actos torticeros o ilegales han sido la causa de que la otra parte se haya visto privada de su derecho o impedida para ejercerlo (Nullus commodum capere de sua injuria propria). Por último, el efecto legal del principio es siempre el mismo: **la parte que, por su reconocimiento, por su representación, por su declaración, por su conducta o por su silencio ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que está reclamando ante un tribunal internacional, está impedida (precluded) para reclamar ese derecho (venire***

³¹ Azurix v. Argentina (I). Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic - 1 Sept 2009. ¶ 108. Cabe aclarar que la expresión “con este efecto” se refiere a que *“incluso cuando un inversor extranjero no es el propietario legal genuino de los activos que constituyen una inversión, o no es parte genuina del contrato del que emergen los derechos contractuales que constituyen una inversión, el inversor extranjero puede tener un interés financiero o comercial en la inversión. Esto es independiente del hecho de que el propietario legal genuino de los activos o de los derechos contractuales que constituyen la inversión sea una subsidiaria que le pertenece en todo o en parte al inversor, o de que el propietario legal genuino sea un tercero. El Comité no encuentra ninguna razón de principio por la que un tratado sobre protección de inversiones no pueda proteger el interés de un inversor extranjero y permitirle al inversor extranjero que inicie un proceso arbitral con respecto a las supuestas violaciones al tratado relacionadas con tal interés”*.

contra factum proprio non valet). [Traducción al español de la Opinión individual del vicepresidente Ricardo Alfaro publicada, bajo el título “La doctrina de los actos propios o Estoppel en el derecho internacional”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas, N° 4, Universidad de Panamá, Panamá, 1966, p. 1133. Para el texto original en inglés y francés ver: I.C.J, Reports 1962, p. 40] (Resaltado fuera del texto original)

57. Por lo anterior, al ser las sociedades mercantiles de las cuales es accionista el Demandante, y no él como persona física independiente, quienes se comprometieron a “no plantear ninguna oposición a los decretos de expropiación limitando la controversia a la realización del avalúo de los bienes expropiados, se establezca el justiprecio de los bienes y se proceda al pago respectivo” (Anexo R-122), la Mayoría no puede aplicar el principio general de derecho de los actos propios; pues la limitación de reclamación sería únicamente aplicable a las personas jurídicas que realizaron la declaración. Por lo tanto, se evidencia un error de hecho en el análisis de la Mayoría para justificar la aplicación del principio general de derecho de los actos propios.
58. La Mayoría se equivoca al sostener que:

“235. Por último, debe tenerse presente que, aunque el principio de los actos propios del Derecho Internacional como tal es una norma de derecho sustantivo, su aplicación en un caso determinado conlleva también en general efectos de naturaleza jurisdiccional por el efecto de preclusión característico del mencionado principio, lo que impide el ejercicio por el tribunal internacional competente de que se trate de su jurisdicción razione materiae en el caso en cuestión. Esto es lo que sucede precisamente en el presente caso dado que el Tribunal, dada la conducta seguida por el Demandante, ha tenido que aplicar el principio general de derecho de los actos propios. En consecuencia, incluso si este Tribunal hubiese tenido jurisdicción razione personae, quod non, no hubiera podido tampoco adjudicar la presente controversia, pues la aplicación en el caso del principio de los actos propios le habría impedido ejercer in casu su jurisdicción razione materiae.

236. El Demandante no puede, por un lado, remitir un documento al Tribunal en el que las empresas en las que tiene sus acciones informan formalmente a la Demandada que no contestan la legalidad de las expropiaciones (sin incluir en dicha comunicación que el accionista Demandante hubiese entonces formulado al respecto ninguna reserva) y, por otro lado, pretender ahora en el presente arbitraje que sus acciones en dichas empresas fueron objeto de una expropiación ilegal, sin que hayan mediado desde entonces nuevas medidas de parte de la Demandada. La contradicción del Demandante es evidente y no puede remediarse invocando meros artificios formales, pues la causa petendi de la

presente controversia (la expropiación de las empresas) es la misma en ambos supuestos. En consecuencia, la aplicación por el Laudo del principio general de derecho de los actos propios por la contradicción en la que ha incurrido la Demandante es plenamente correcta y justificada. Cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en litigio, éstos deben ejercerse en todo momento de buena fe. El hecho de que el Demandante como ACCIONISTA nos diga una cosa y como CIUDADANO la contraria (SIC) no puede ser una interpretación del Tratado conforme con la buena fe tal como lo dispone la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT³² (Subrayado por fuera del texto).

59. En resumen, la Mayoría establece que (i) el uso del principio de los actos propios se encuentra justificado, pues su aplicación conlleva efectos jurisdiccionales que en este caso hubieran restringido al Tribunal ejercer su jurisdicción *ratione materiae*; y (ii) el Demandante no puede alegar la expropiación ilegal como ciudadano, cuando supuestamente como accionista había renunciado a dicha posibilidad.
60. Sin embargo, aceptar una interpretación como la planteada por la Mayoría constituiría una clara vulneración de uno de los atributos fundamentales de las sociedades: la personalidad jurídica, la cual nace de manera independiente al momento de la constitución de la sociedad y es distinta de la personalidad jurídica de cada uno de los socios que la conforman.
61. En virtud de dicho atributo, el Demandante, en su calidad de accionista de las Empresas, no puede ver equiparados sus derechos y obligaciones personales con los de dichas Empresas, dado que, como se ha reiterado, estas sociedades poseen una personalidad jurídica autónoma e independiente de la de sus accionistas. En consecuencia, no resulta jurídicamente viable argumentar que la voluntad del Demandante estaba indiscriminadamente vinculada a los compromisos asumidos por las Empresas, respecto a no presentar una oposición a los decretos de expropiación.
62. En el caso particular, la carta del 18 de septiembre fue emitida por los apoderados de las Empresas, en nombre y representación exclusiva de dichas sociedades, sin que en ningún momento se extendiera dicha representación a sus accionistas, como lo pretende sostener la Mayoría. Basta con observar que la mencionada carta expresa de manera clara y puntual que fue presentada por los señores CESAR LEÓN BLANCO, FELIX DELGADO y DIANA CHOCHRÓN, como apoderados de las Empresas:

“Nosotros CESAR LEÓN BLANCO, FELIX DELGADO Y DIANA CHOCHRÓN, Venezolanos, titulares de la cédula de Identidad Nro.-V-3.788.307, V-8,884.484,

³² Laudo, ¶ 235 y 236.

V-15.005.384, abogados en ejercicio, Inscritos en el impreabogado bajo los Nros, 18.849, 29,336 y 118.518, plenamente Identificados en el poder que acompañamos a este escrito, muy respetuosamente acudimos ante su competente autoridad a los efectos de hacerle de su conocimiento lo siguiente.

Somos representante legales de las Sociedades Mercantiles: · 1) FRIGORIFICO ORDÁZ, S.A. (FRIOSAS), 2) INVERSIONES KOMA, S.A. (KOMA), 3) DELICATESES LA FUENTE, C.A., cuyos bienes fueron expropiados tal como consta del decreto número 7,703, emanado de Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 05 de octubre del 2010, publicado en la Gaceta Oficial número 39.524” (Resaltado fuera del texto original).

63. En consecuencia, en ningún apartado de dicha carta se indica que esta haya sido radicada en nombre y representación de las sociedades y de sus accionistas. Por lo cual, no existe ninguna “*contradicción*” por parte del Demandante, pues este nunca renunció a su derecho de plantear alguna oposición a los decretos de expropiación.
64. Por otro lado, la lógica utilizada por la Mayoría para sustentar la aplicación de la teoría de los actos propios en la reclamación del Demandante permitiría que este reclamara una indemnización por la totalidad de los perjuicios derivados de la expropiación de todas las Empresas, y no solo por la parte proporcional a su participación minoritaria. Esta interpretación errónea desvirtúa los límites de la responsabilidad y los derechos individuales de los accionistas, extendiendo injustificadamente el alcance de la reclamación. Sin embargo, debe quedar claro que el Demandante siempre ha actuado y actúa en este proceso a título personal, y no en representación de dichas compañías. Por lo tanto, su solicitud se limita únicamente al porcentaje que le corresponde como accionista minoritario³³, lo que evidencia nuevamente su actuación independiente de las sociedades.
65. El principio de la personalidad jurídica acá desarrollado no ha sido invocado en este asunto como un “*mero artificio formal*” como lo señala la Mayoría. Por el contrario, dicho principio se invoca porque refleja una realidad jurídica, que, si bien pretende ser ignorada por la Mayoría, es esencial para este caso: la separación entre la personalidad jurídica de las Empresas y la del Demandante como accionista.
66. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Demandante acude al arbitraje en virtud de la mala fe atribuible al Estado Venezolano, el cual no proporcionó la información necesaria, que estaba

³³ Conforme lo delimita el párrafo 278 del Memorial de la Demanda del 23 de septiembre de 2016, el cual aclara que “[l]a indemnización debida al Sr. Luis García Armas obedece a su participación social en las Empresas según el siguiente detalle: (i) 12,5% de Gaisa (US\$ 2.398.818), (ii) 12,5% de Friosa (US\$ 6.096.576), (iii) 17% de Koma (US\$ 5.434.666), (iv) 12,5% de La Fuente (US\$ 4.160.680) y (v) 12,5% de Ingahersa (US\$ 267.735)”.

bajo su control, para una correcta valoración de la indemnización en el proceso de expropiación tramitado ante la jurisdicción local. En consecuencia, la mala fe que debe reprocharse en este caso es exclusivamente imputable a la Demandada, no al Demandante, quien, a través del presente proceso arbitral, busca reclamar dichas actuaciones irregulares por parte del Estado de Venezuela.

67. Es pertinente mencionar que la determinación de la jurisdicción de una controversia se basa en los criterios objetivos acordados en el Tratado. Por lo que, si se llegara a identificar una violación al principio general del derecho de los actos propios frente al alcance del *petitum* al que tendría derecho el Demandante, esto no debería ser un motivo para cuestionar la jurisdicción del Tribunal, ya que, corresponderían a temas a analizar en el fondo del litigio.

D. VENEZUELA VIOLÓ EL TRATADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

68. Teniendo en cuenta que se desestimaron los argumentos desarrollados por la Mayoría, tendientes a declarar la inexistencia de jurisdicción para decidir la controversia, se puede concluir que el Tribunal sí tenía jurisdicción para decidir y; por lo cual, debía proceder a la resolución de las cuestiones sustantivas del caso. Si bien, la Mayoría no se pronunció sobre el fondo, en la presente opinión disidente se delimitarán las consideraciones sobre el fondo de la controversia, esto es la violación del TBI y el Derecho Internacional por parte de Venezuela, con el fin de asegurar una disidencia integral.

69. Es evidente y ambas Partes están de acuerdo en que la legalidad de una expropiación y cualquier otra violación del Tratado debe analizarse con base en los términos de este último y la aplicación del Derecho Internacional.

I. LA DEMANDADA EXPROPIÓ ILEGALMENTE LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE EN VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO V DEL TRATADO.

70. El artículo V del Tratado estipula que:

“1. Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalizaciones, expropiaciones, o cualquier otra medida de características o efectos similares salvo que cualquiera de esas medidas se realice exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y con una compensación al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La compensación por los actos referidos en el párrafo 1 será equivalente al valor real de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o

antes de que las mismas fueran anunciadas o publicadas, si esto sucede antes. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible de acuerdo con las reglas estipuladas en el artículo VII.

*3. Si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en los párrafos anteriores de este artículo **en relación con los activos de una empresa constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, garantizará a éstos una compensación pronta, adecuada y efectiva conforme a las disposiciones recogidas en los párrafos anteriores de este artículo***". (Resaltado fuera del texto original)

71. En este sentido, es claro que las Partes Contratantes conservan la prerrogativa de expropiar inversiones realizadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante, siempre que dicha expropiación (i) se realice exclusivamente por razones de utilidad pública; (ii) conforme a las disposiciones legales; (iii) de manera no discriminatoria; y (iv) proporcionando una compensación sin demora, justa y efectiva. Por lo tanto, es posible afirmar que no toda expropiación es ilegal por naturaleza.

72. Una expropiación se define en el Derecho Internacional no solo como la pérdida formal de la titularidad de una inversión, sino también como la privación del valor o control de ésta por parte del inversor, aún si formalmente conserva su titularidad. Esto se menciona en el caso *AES c. Hungría*, el cual delimita que una expropiación ocurre cuando el inversor es "*deprived, in whole or significant part, of the property in or effective control of its investment: or [...] deprived, in whole or significant part, of its value*"³⁴.

73. Cuando un Estado ocupa activos o interfiere con el derecho de su titular de utilizar dichos activos, se puede llegar a considerar expropiación. En el caso *Tenaris c. Venezuela* se estableció que:

*"Si el Estado ocupa un activo de modo de privar al propietario permanentemente del derecho de usar, gozar y disponer del activo sin que su titularidad pase al Estado, se trata de una "medida[s] de efecto equivalente a una expropiación" a los efectos del Artículo 11 de la Ley de Inversión (...)"*³⁵

74. Lo anterior, confirmado en el caso *Owens-Illinois c. Venezuela*, en el que se consideró que "*la ocupación física de dos instalaciones de fabricación de vidrio por parte de Venezuela*

³⁴ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22), Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo CLA-82**, párr. 14.3.1.

³⁵ *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/11/26), Laudo, 29 de enero de 2016, Anexo CLA-101, párr. 482.

*constituyó una expropiación de la participación del inversor en dichas plantas, y destacó precisamente la pérdida de control, uso y goce de la inversión como elemento central del concepto de expropiación”.*³⁶

75. Adicionalmente, el tribunal en *PSEG c. Turquía* incluye la toma del control de gestión y operaciones diarias de una empresa o la privación a una compañía de su propiedad, como casos típicos de expropiación bajo el derecho internacional, pues:

*“El Tribunal no duda que una expropiación indirecta puede tomar muchas formas. [...] alguna forma de privación del inversor en su control de la inversión, la gestión diaria de las operaciones de la compañía, interferencias con su administración, impedir la distribución de dividendos, interferir en la nominación de oficiales y gerentes, o privar a la compañía de su propiedad o control total o parcialmente”.*³⁷

76. En el presente caso, no hay duda de que la Demandada expropió las empresas de las cuales es accionista el Demandante, pues Venezuela en primera instancia (i) se apropió de sus bienes, y (ii) tomó control de su gestión y operación, y, posteriormente, (iii) formalizó la expropiación mediante el Decreto de Expropiación y Decreto Ampliatorio del 5 de octubre de 2010 y 8 de mayo de 2012 respectivamente; instrumentos mediante los cuales el gobierno intentó proporcionar una justificación legal al despojo y vaciamiento de las Empresas, que ya se había consumado mediante las medidas preventivas y el accionar de la Junta Temporal. Dichas medidas realizadas por la Demandada suponen también la expropiación de las participaciones del Demandante en las Empresas, ya que, se privó a este último de todo el valor, uso, goce, control o beneficio de dichas inversiones.

77. Una vez confirmada la existencia de expropiaciones realizadas por parte de la Demandada, es pertinente analizar la legalidad de éstas.

78. El pago de una compensación pronta es un criterio esencial del Tratado para determinar la licitud de una expropiación. En el caso *Vivendi II*, el tribunal aclaró que la falta de este criterio basta, por sí misma, para tornar ilícita una expropiación, al establecer que:

“Si concluimos que las medidas en disputa son expropiatorias, estas serán violatorias del Artículo 5(2) del Tratado [referente a la expropiación], aunque

³⁶ OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/11/25), Laudo, 10 de marzo de 2015, Anexo CLA-98, párr. 326

³⁷ PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía (Caso CIADI No. ARB/02/5), Laudo, 19 de enero de 2007, Anexo CLA-56, párr. 278

*podieran obedecer a una causa de utilidad pública y no ser discriminatorias, ya que no se ha pagado alguna indemnización”.*³⁸

79. En el caso que nos atañe no se evidencia compensación alguna otorgada por parte de la Demandada indirectamente al Demandante como inversor, o directamente a las compañías en la cuales este último es accionista.
80. La Demandada alega que “*el hecho que el Demandante no haya percibido aún una compensación es por su exclusiva culpa y cargo*” puesto que: (i) “*el Demandante, mediante escrito presentado ante las cortes el 3 de julio de 2014, se opuso al informe de avalúo consignado por la Comisión de Avalúos, señalando que el informe estaría viciado de nulidad (...)*”; (ii) “*[l]a Corte declaró la nulidad del informe de avalúo*”; y (iii) “*[c]omo consecuencia de la estrategia del Demandante, el avalúo fue anulado y la República se vio legalmente impedida de consignar dichos fondos*”.
81. Sin embargo, la declaración de nulidad del avalúo por parte de la Corte, solicitadas por los representantes de las Empresas y no por el Demandante, se debió a la falta de obtención de elementos necesarios para calcular el valor fiscal de las Empresas (como declaraciones de impuestos) por parte de los peritos, porque éstos se encontraban en posesión de la empresa García Armas Inversiones, S.A. y nunca fueron remitidos.
82. Por lo cual, la verdadera razón por la que no se obtuvo una compensación en razón de las expropiaciones realizadas, no fue por culpa ni responsabilidad del Demandante, sino que fue a causa de la imposibilidad de la Comisión de “*recabar la información relacionada al pago del impuesto sobre la renta e impuestos municipales, así como a una falta de acceso de los libros contables de García Armas Inversiones, S.A.*”; información que se encontraba en poder del Estado venezolano, el cual tenían y aún tienen control sobre las Empresas, o lo que existe de ellas, y que decidió no aportar³⁹.
83. Finalmente, la expropiación también es ilegal al no seguirse las disposiciones legales e ir en contra del debido proceso. Al respecto, el tribunal en el caso *Al-Bahloul c. Tayikistán* incluyó entre los principios del debido proceso bajo el derecho internacional “*[l]a obligación de no aplicar el derecho sustantivo de manera deliberadamente incorrecta*” y “*la obligación de no*

³⁸ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo, 20 de agosto de 2007, Anexo CLA-62, párr. 7.5.21

³⁹ Esto es claro en la decisión de la Corte al ordenar “*notificar a las empresas GARCÍA ARMAS INVERSIONES, S.A. (GAISA), FRIGORÍFICOS ORDÁZ, S.A. (FRIOSA), INVERSIONES KOMA, S.A. y DELICATESES LAS FUENTES, C.A., así como a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y al MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA ALIMENTACIÓN, a los fines que aporten a los peritos designados toda la información necesaria para la elaboración de un nuevo avalúo*”. (Resaltado fuera del texto original) Anexo C-219. Página 28.

ejercer sus facultades con fines indebidos, es decir, fines no cubiertos por la ley que autorizó las facultades”

84. En el presente caso, como bien lo determina el Demandante, *“la Demandada violó estos principios al aplicar las facultades previstas en las Leyes Alimentarias para enmascarar una clara expropiación”*. Si las Empresas hubieran sido declaradas culpables por las acusaciones formuladas, la sanción máxima hubiera sido una multa y/o una clausura temporal; no la pérdida definitiva de la administración de las Empresas y sus bienes. La falta de razonabilidad y proporcionalidad en las medidas adoptadas, como la toma indefinida del control de las Empresas y la ausencia de sanciones correspondientes a las supuestas irregularidades, confirma que la expropiación se realizó con un propósito disfrazado, que al final pretendía apropiarse de los activos de las Empresas.
85. Así mismo, tampoco se cumplió el procedimiento legal de la expropiación en Venezuela, especialmente el de la segunda fase, correspondiente al procedimiento judicial, el cual se concluye con una sentencia y determina que el pago por indemnización, determinado por una Comisión de Avalúo, debe preceder a la toma de posesión física de los bienes⁴⁰.
86. Por lo anterior, es innegable que la Demandada, a través de las medidas adoptadas por ella, (i) ejerció de manera ilegítima el poder extraordinario de expropiación; (ii) no cumplió con el pago compensatorio, de forma pronta y adecuada; y (iii) tampoco se ajustó a las previsiones legales venezolanas, teniendo que hacerlo; pues según el precedente internacional, cuando el Gobierno actúa en contra de sus disposiciones legales internas, de manera *“deliberadamente incorrecta”*, con fines indebidos, corresponde a una expropiación ilegal. Venezuela de manera arbitraria excedió las facultades que le otorgaban las Leyes alimentarias, toda vez que expropió de facto y de iure las empresas de las que es accionista el Demandante sin la compensación correspondiente, en contra del debido proceso y descatando el procedimiento interno de expropiación.

II. LA DEMANDADA OMITIÓ CONFERIR A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO IV DEL TRATADO E INCUMPLIÓ LA PROHIBICIÓN DE NO ADOPTAR MEDIDAS ARBITRARIAS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO III DEL TRATADO.

87. Si bien, el Demandante establece que *“a fines simplemente subsidiarios, los Demandantes alegan también que las medidas del Gobierno violaron la regla de tratamiento justo y equitativo y la prohibición de arbitrariedad contenidas respectivamente en el artículo IV.1 y II.1 del Tratado”*, al determinar que las medidas de la Demandada constituyeron una

⁴⁰ Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en Gaceta Oficial No. 37.475, 1 de julio de 2002, Anexo C-14, artículos 7, 22, 45 y 46.

expropiación ilegal, considero pertinente analizar la posible infracción del estándar de Tratamiento Justo y Equitativo.

88. El artículo IV del Tratado establece que:

“1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado.

3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.

4. El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales ni a otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación”.

89. Del mismo modo, el artículo III del tratado menciona que:

“1. Cada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad conforme al Derecho Internacional a las inversiones efectuadas en su territorio por inversiones de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones. (...)”.

90. De acuerdo con el Tratado, el estándar de Tratamiento Justo y Equitativo debe estar “*conforme al Derecho Internacional*”, lo que implica la aplicación de los criterios del derecho internacional de inversiones, incluyendo los principios de proporcionalidad, transparencia y prohibición de arbitrariedad⁴¹.

⁴¹ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, ¶109; Pressos Compañía Naviera y otros c. Bélgica, Sentencia del 20 de noviembre de 1995, No. 38, p. 19. Joseph Charles Lemire c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, ¶284; Occidental Exploration and Production Co. c. República del Ecuador, Caso LCIA No. UN

Con base en la jurisprudencia, las medidas que sean arbitrarias, las violaciones del debido proceso y la falta de transparencia en el procedimiento legal o en actos del Estado corresponden a conductas que constituyen un tratamiento injusto e inequitativo. Un claro ejemplo de ello, lo estableció el tribunal del caso de *Owens-Illinois c. Venezuela*, en el cual explicó que un Estado viola el estándar de tratamiento justo y equitativo cuando “*adopta un acto (o una cadena de actos) manifiestamente antijurídicos o que desconocen las exigencias básicas del rule of law*”⁴².

91. En el mencionado caso, el tribunal concluyó que:

“512. (...) que las actuaciones del INDEPABIS fueron arbitrarias y constituyen una desviación de poder, pues existe una contradicción entre las causas aducidas por el INDEPABIS para dictar las medidas de ocupación, y la verdadera finalidad perseguida.

513. El INDEPABIS adoptó por vía administrativa, inaudita parte y con efectos inmediatos, la decisión de ocupar temporalmente las Plantas. El organismo adujo como razón para una medida tan drástica e invasora de los derechos fundamentales del expropiado, que las Empresas estarían incurriendo en determinados ilícitos sancionados por la Ley INDEPABIS [...]

514. La Demandada no ha aportado indicio alguno que dé sustento a estas acusaciones. El propio INDEPABIS también carecía de cualquier indicio: la adopción de medidas de ocupación temporal requería la apertura de un procedimiento sancionador previo, cosa que el INDEPABIS nunca hizo. [...] [N]o existe soporte jurídico que pueda justificar la adopción de las medidas de ocupación. También es muy significativo que, a pesar del tiempo transcurrido, el INDEPABIS, después de haber adoptado una medida provisional tan draconiana, nunca haya llegado a sancionar a las Empresas por los ilícitos investigados.

[...]

518. (...) La Demandada utilizó la figura de la ocupación temporal prevista en la Ley INDEPABIS, para hacerse con las Plantas, no como medida provisional por la existencia de presuntos incumplimientos por las Empresas de la Ley INDEPABIS, sino para privar a la Demandante de sus derechos conforme a la LECUPS.

3467, Laudo, 1 de julio de 2004, ¶¶183-186 (Anexo CLA-75). PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Ltd Şirketi c. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, ¶253; CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 290.

⁴² OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/11/25), Laudo, 10 de marzo de 2015.

519. Schreuer incluye cómo ejemplo de decisiones arbitrarias “a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker”. En opinión del Tribunal, la actuación del INDEPABIS ejecutando la ocupación de las Plantas encaja nítidamente en esta categoría, y constituye una violación de la garantía de TJE [tratamiento justo y equitativo] prevista en el APRI”⁴³.

92. En la presente controversia, las medidas de la Demandada, siendo estas (i) la ocupación física indefinida de las instalaciones de Friosa, Kona y La Fuente, (ii) la toma de control de las mismas, (iii) la apropiación de sus operaciones, (iv) el decomiso de los bienes, (v) la transferencia de la gestión a una Junta Temporal y (vi) la aplicación del Decreto de expropiación, carecieron de proporcionalidad frente a las acusaciones de irregularidades realizadas por el gobierno venezolano; sobre las cuales solo se encuentran procedimientos sancionatorios abandonados, y que en caso de haber prosperado, en ningún caso hubieran supuesto la adopción de disposiciones abusivas y extremas como sucedió.
93. Del mismo modo, en el caso *Gold Reserve c. Venezuela*, el tribunal determinó que existe violación al estándar de tratamiento justo y equitativo al “no asegurar un marco transparente y predecible”⁴⁴ pues las medidas tomadas por el Gobierno se debían al “cambio de prioridades políticas del Gobierno”. En el caso bajo examen, es claro que las medidas realizadas por la Demandada se debieron a la política anunciada por el Presidente Chávez de asegurar el abastecimiento de Mercadal, por lo cual se abusó del ordenamiento jurídico nacional de forma arbitraria para cumplir con estrategias políticas distintas a las finalidades previstas legalmente, privando así al Demandante de sus inversiones sin indemnización alguna.
94. Por último, cabe recordar que la Ley de Bienes y Servicios aseguraba el derecho del particular a oponerse a medidas provisionales dentro de un plazo de tres días, con un período de ocho días para promover prueba, y un plazo perentorio de 20 días para obtener una decisión de la Presidencia del organismo competente, en este caso el INDEPABIS⁴⁵. No obstante, en la práctica dicho procedimiento no se cumplió, pues solo dos días después de dictadas las medidas preventivas de decomiso de bienes se confirmaron las medidas preventivas, con una medida de ocupación adicional y operatividad temporal de todas las sedes de Friosa y a pesar de presentados los recursos de oposición, estos no solo no fueron resueltos, sino que no se dio acceso a los expedientes.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1), Laudo, 22 de septiembre de 2014, Anexo CLA-96, párr. 609.

⁴⁵ Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010, Anexo C-31, artículo 113.

95. En este sentido, la Demandada incurrió en arbitrariedad, falta de transparencia y carencia de proporcionalidad en la ejecución de sus medidas; violando el trato justo y equitativo.

E. CONCLUSIONES

96. Para resumir, en primer lugar, se ha demostrado que el Demandante es un nacional español que realizó inversiones en Venezuela, lo que le garantiza la protección como inversor bajo el Tratado. En segundo lugar, las inversiones del Demandante, consistentes en participaciones accionarias debidamente registradas en los libros de accionistas, cumplen con los requisitos legales para ser consideradas como inversiones protegidas por el TBI. En tercer lugar, se señala que la Mayoría incurre en un error al consolidar la personalidad jurídica de las sociedades en las que el Demandante posee acciones con su persona física. Por último, se sostiene que la Demandada ha violado el TBI, en lo que respecta a la expropiación y la falta de trato justo y equitativo, debido a que las medidas adoptadas por esta no se fundamentaron en criterios de utilidad pública, sino que constituyeron medidas arbitrarias, desproporcionadas que no fueron debidamente compensadas. Por lo tanto, el Demandante debió tener derecho a una indemnización justa y pronta por los daños causados y perjuicios sufridos.

97. Debo manifestar que no concuerdo con la asignación que dio la Mayoría respecto a los gastos comunes, para que estos sean asumidos por el Demandante. Considero que dicha decisión no refleja adecuadamente la resolución que debió darse frente a las obligaciones por las que son responsables las partes vinculadas.

98. En consecuencia, por las razones anteriormente expuestas dentro de toda la presente opinión disidente, con todo respeto, debo apartarme de la decisión tomada por la Mayoría.

* * *



Enrique Gómez Pinzón

Árbitro

Fecha: 30 de octubre de 2024