

**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

LAUDO PARCIAL SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal

Prof. Diego P. Fernández Arroyo, Presidente
Sr. Christian Leathley
Prof. Marcelo Kohen

Secretaria del Tribunal

Sra. Marisa Planells-Valero

Lugar del Arbitraje: Washington D.C.

Fecha de envío a las Partes: 15 de julio de 2020

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Representando a Michael Anthony Lee-Chin:

Sr. Richard C. Lorenzo
Sra. Maria Eugenia Ramirez
Sr. Mark Cheskin
Sra. Juliana De Valdenebro
Hogan Lovells US LLP
600 Brickell Avenue
Suite 2700
Miami, Florida 33131
Estados Unidos de América

Representando a la República Dominicana:

Sra. Yahaira Sosa, Viceministra de Comercio Exterior
Sr. Marcelo A. Salazar, Director de la DICOEX
Sra. Leidylin Contreras, Subdirectora de la DICOEX
Sra. Raquel De La Rosa, Analista de la DICOEX
Sra. Mary Estefany Díaz, Analista de la DICOEX
Ministerio de Industria, Comercio y Mipymes (MICM)
Viceministerio de Comercio Exterior
Dirección de Administración de Acuerdos y Tratados Comerciales Internacionales
Av.27 de Febrero Núm. 306, Bella Vista, Santo Domingo, República Dominicana
Sra. Patricia Abreu, Viceministra de Cooperación Internacional
Sra. Rosa Otero, Directora de Relaciones Internacionales del Viceministerio de Cooperación Internacional
Sra. Johanna Montero, Encargada Departamento Comercio y Ambiente, Dirección de Relaciones Internacionales del Viceministerio de Cooperación Internacional
Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Av. Cayetano Germosén esq. Av. Gregorio Luperón, Ensanche El Pedregal, Santo Domingo, República Dominicana
Sr. Flavio Darío Espinal, Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo
Sra. Jimena Conde, Sub-consultora Jurídica del Poder Ejecutivo
Sra. Nathalie Hernández, Encargada del Dpto. de Política Comercial, Arbitraje, Inversión y Negociaciones, Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo
Sra. Sara Patnella, Abogado II del Dpto. de Política Comercial, Arbitraje, Inversión y Negociaciones, Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo
Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo
Ave. México esq. Dr. Delgado, Palacio de la Presidencia de la República,
Santo Domingo, República Dominicana

Sra. Lourdes Pérez, Asesora Legal del Despacho
del Alcalde del Ayuntamiento de Santo Domingo
Norte

Sra. Ramona Lara, Abogada del Ayuntamiento de
Santo Domingo Norte
Ayuntamiento de Santo Domingo Norte
Av. Hermanas Mirabal Esq. General Modesto
Díaz, Villa Mella Santo Domingo Norte,
República Dominicana

y

Sr. George Kahale III

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Sra. Gabriela Álvarez Ávila

Sr. Fernando Tupa

Sra. Elisa Botero

Sra. Natalia Linares

Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
1717 Pennsylvania Avenue, N.W. Suite 1300
Washington, D.C. 20006
Estados Unidos de América

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
1.	Las Partes.....	1
2.	Descripción de la controversia	1
3.	Solicitudes de las Partes	6
II.	HISTORIA PROCESAL.....	7
1.	La fase inicial.....	7
2.	La fase escrita sobre jurisdicción.....	9
3.	La Audiencia sobre jurisdicción.....	11
4.	La fase posterior a la Audiencia sobre jurisdicción	13
III.	LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN	14
1.	La posición de la República Dominicana.....	15
A)	El Tratado no contiene una oferta de consentimiento al arbitraje CNUDMI....	15
B)	El Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos	15
C)	Las pretensiones de la Demandada	16
2.	La posición de Michael Anthony Lee-Chin.....	16
A)	La República Dominicana prestó su consentimiento para arbitrar esta controversia	16
B)	El Tratado protege a las inversiones indirectas y a los inversionistas indirectos	17
C)	Las pretensiones del Demandante.....	17
IV.	LOS ELEMENTOS BÁSICOS PARA EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.....	18
1.	El texto a interpretar	18
2.	La fuente de los criterios de interpretación del Tratado	19
3.	Los trabajos preparatorios.....	21
4.	Las circunstancias de la celebración del Tratado y otros medios complementarios de interpretación	22
5.	La invocación de precedentes jurisprudenciales	23
V.	PRIMERA OBJECCIÓN JURISDICCIONAL – LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE.....	24
1.	El consentimiento al arbitraje internacional	24
A)	La obligación asumida por las Partes Contratantes del Tratado	24
B)	Acerca de la exigencia de la designación específica de un “foro”	40
2.	El sometimiento de una controversia al arbitraje internacional.....	43

A) La cuestión contemplada en el segundo párrafo del Artículo XIII	43
B) El alcance del posible acuerdo de las Partes	47
C) La cuestión de la aplicación del Reglamento CNUDMI	52
3. La invocación de la cláusula de la nación más favorecida	57
4. Los medios complementarios del Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986 ..	58
VI. SEGUNDA OBJECCIÓN JURISDICCIONAL - LA CUESTIÓN DE LAS INVERSIONES INDIRECTAS Y LOS INVERSIONISTAS INDIRECTOS	58
1. Las inversiones del Sr. Lee-Chin en la República Dominicana.....	58
2. Las inversiones protegidas por el Tratado	59
A) La posición de la Demandada	59
B) La posición del Demandante.....	60
C) El análisis del Tribunal	61
VII. COSTAS	65
VIII. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN.....	65

TABLA DE TÉRMINOS DEFINIDOS

Artículo XIII	Artículo XIII del Anexo III (Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones) del Tratado
Audiencia	Audiencia sobre Jurisdicción, celebrada del 27 al 28 de febrero de 2020
C-[#]	Anexo Demostrativo del Demandante
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CL-[#]	Autoridad Legal del Demandante
Convención de Viena de 1986	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales (1986)
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965)
Dúplica sobre Jurisdicción	Dúplica del Demandante sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de diciembre de 2019
Memorial de Contestación sobre Jurisdicción	Memorial del Demandante sobre Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción de fecha 3 de julio de 2019
Memorial de Demanda	Memorial de Demanda del Demandante de fecha 18 de enero de 2019
Memorial sobre Jurisdicción	Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 6 de mayo de 2019
Notificación de Arbitraje	Notificación del Arbitraje de fecha 6 de abril de 2018
Oposición a la Bifurcación	Oposición a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada de fecha 19 de febrero de 2019
Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn	Opinión jurídica del Profesor Joost H.B. Pauwelyn, de fecha 22 de diciembre de 2018 (C-21)
R-[#]	Anexo Demostrativo de la Demandada

Reglamento CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976
Réplica sobre Jurisdicción	Réplica de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 21 de octubre de 2019
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn	Opinión jurídica del Profesor Joost H.B. Pauwelyn, de fecha 18 de junio de 2019 (C-131)
Solicitud de Bifurcación	Solicitud de Bifurcación de la Demandada de fecha 4 de febrero de 2019
Tr. Día [#] [idioma] [página:línea]	Transcripción de la Audiencia
Tratado	Acuerdo para el Establecimiento del Área de Libre Comercio entre la Republica Dominicana y la Comunidad del Caribe, firmado el 22 de agosto de 1998 y que entró en vigor el 5 de febrero de 2002
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 7 de agosto de 2018

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente caso se refiere a una controversia planteada con base en el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones contenido en el Anexo III del Acuerdo para el Establecimiento del Área de Libre Comercio entre la Republica Dominicana y la Comunidad del Caribe (“**CARICOM**”), firmado el 22 de agosto de 1998 y que entró en vigor el 5 de febrero de 2002 (el “**Tratado**”), y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (el “**Reglamento CNUDMI**”).

1. Las Partes

2. El Demandante es el Sr. Michael Anthony Lee-Chin (el “**Demandante**”), nacional de Jamaica.
3. La Demandada es la República Dominicana (la “**República**” o la “**Demandada**”).
4. El Demandante y la Demandada se denominarán en conjunto las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus direcciones se encuentran detallados en la página (i).

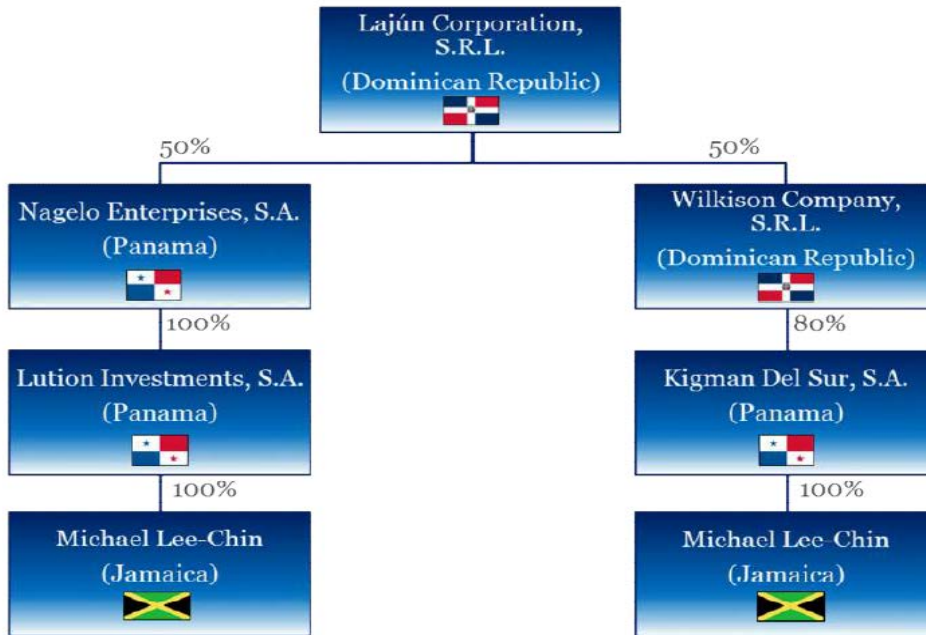
2. Descripción de la controversia

5. El Tribunal proporciona la siguiente descripción general de la disputa y de las reclamaciones del Demandante a fin de contextualizar los argumentos jurisdiccionales de las Partes. Lo indicado en esta Sección no refleja determinación alguna en cuanto a los hechos o las conclusiones legales en relación con los méritos del caso.
6. La presente controversia tiene su origen en el Contrato de Concesión celebrado el 1 marzo de 2007 entre la empresa dominicana Lajun Corporation, S.R.L. (“**Lajun**”) y el Ayuntamiento de Santo Domingo Norte (“**ASDN**”) para la administración y operación del Vertedero Duquesa, en el que se realizaba la disposición final de residuos sólidos urbanos en la zona del Gran Santo Domingo en la República Dominicana¹. De acuerdo con el Demandante, el Contrato de

¹ *Notificación de Arbitraje*, § 23; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 9; Anexo C-1, Contrato de Concesión de fecha 1 de marzo de 2007. El Contrato de Concesión fue modificado en cuatro ocasiones, dos de ellas antes de que el Demandante hiciera sus supuestas inversiones en la República a mediados del 2013 (Addendum 1 y 2) y las dos restantes con posterioridad

Concesión también preveía el derecho de Lajun, y no solo la eventualidad, de construir una planta de generación eléctrica a base de basura (“**Planta WTE**”, por sus siglas en inglés).²

7. El 26 de junio de 2013, los Sres. José Antonio López Díaz y Darleny Indhira López Polanco, titulares de la totalidad del capital social de Lajun, vendieron el 50% de ese capital social a la empresa panameña Nagelo Enterprises, S.A. (“**Nagelo**”) y el 50% restante a la empresa dominicana Wilkison Company, S.R.L. (“**Wilkison**”). En esa misma fecha el Sr. López Díaz vendió a Nagelo y Wilkison un terreno de 875.373,12 metros cuadrados sobre el cual se encontraba el Vertedero Duquesa (el “**Terreno Deslindado**”). El Demandante alega que en esa misma fecha se convirtió en propietario indirecto del 90% de Lajun y del Terreno Deslindado a través de dos compañías panameñas: Lution Investments, S.A. (“**Lution**”), propietaria del 100% del capital social de Nagelo, y Kigman Del Sur, S.A. (“**Kigman**”), propietaria del 80% del capital social de Wilkison³, como sigue:



a esa fecha (Addendum 2A y 3). Ver Anexos C-2 y C-3 (modificaciones anteriores al 26 de junio de 2013) y Anexos R-8 y C-6 (modificaciones posteriores al 26 de junio de 2013).

² Ver, *inter alia*, *Memorial de Demanda*, §§ 58, 61, 64, 82.

³ *Memorial de Demanda*, §§ 27, 82. El Demandante explica que el interés minoritario del 10% restante es propiedad del Dr. José Luis Asilis, un empresario dominicano. Ver también, *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 16-17.

8. Con base en lo anterior, el Demandante alega que su inversión en la República Dominicana incluye (i) la adquisición de los intereses en Lajun, (ii) la adquisición del Terreno Deslindado, (iii) el derecho al desarrollo de una planta de reciclaje y de la planta WTE, y (iv) el Contrato de Concesión otorgado por el ASDN⁴.
9. El Demandante explica que, a partir de ese momento, realizó inversiones sustanciales en el Vertedero Duquesa y cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, tal y como fue reconocido por el ASDN en numerosas ocasiones⁵, y continuó con la prestación de servicios a pesar de los incumplimientos contractuales e interferencias políticas de la Demandada centradas en el objetivo de despojar al Demandante de su propiedad⁶.
10. Como contraprestación por la ejecución de los servicios conforme al Contrato de Concesión, Lajun estaba autorizada a cobrar a los Ayuntamientos de la zona del Gran Santo Domingo una tarifa de al menos US\$ 2 dólares por tonelada de residuos (la “**Tarifa de Referencia**”)⁷. El Demandante explica que la Tarifa de Referencia no era suficiente para cubrir los costos operativos del Vertedero Duquesa y hacer las inversiones requeridas por el Contrato de Concesión⁸, y que la Demandada también reconoció que la Tarifa era inadecuada tanto en las enmiendas al Contrato de Concesión como en los acuerdos transaccionales posteriormente celebrados⁹. El Demandante reconoce que la situación del Vertedero Duquesa fue deteriorándose progresivamente a través de los años, pero alega que ello se debió a la falta de compensación adecuada de los servicios prestados por Lajun por parte de las autoridades dominicanas¹⁰.
11. Según el Demandante, el 9 de Julio de 2013, bajo el pretexto de que Lajun no cumplía con ciertas regulaciones medioambientales, el ASDN notificó a Lajun de su decisión de rescindir

⁴ *Notificación de Arbitraje*, § 81; *Memorial de Demanda*, § 1.

⁵ Ver, *inter alia*, *Memorial de Demanda*, §§ 92-96, 114, 132, 153; Anexo C-52, Verificación del Cumplimiento de Obligaciones de fecha 1 de julio de 2013; Anexo C-16, Certificación de Cumplimiento y Conformidad de fecha 9 de julio de 2014.

⁶ Ver, *inter alia*, *Memorial de Demanda*, §§ 24, 95, 158, 163, 173.

⁷ *Notificación de Arbitraje*, § 24; *Memorial de Demanda*, § 58; Anexo C-1, Contrato de Concesión de fecha 1 de marzo de 2007, Cláusulas 3 y 4. Ver también, *Memorial sobre Jurisdicción*, § 11.

⁸ Ver, *inter alia*, *Memorial de Demanda*, §§ 8, 120, 129-130, 144, 152.

⁹ *Memorial de Demanda*, §§ 107-110, 115-116. *Infra* §§ 12 y 15.

¹⁰ *Memorial de Demanda*, §§ 107, 159.

el Contrato de Concesión¹¹, ocupando el Vertedero y expulsando a Lajun y a sus empleados de la propiedad¹².

12. El Demandante invoca que en Febrero de 2014 el ASDN y Lajun concluyeron un acuerdo transaccional mediante el que el ASDN le devolvió la posesión de los terrenos y le autorizó a continuar con la operación y administración del Vertedero (el “**Primer Acuerdo Transaccional**”)¹³. El Demandante alega que, con base en las promesas realizadas por la Demandada en el Primer Acuerdo Transaccional y en las posteriores enmiendas al Contrato de Concesión, continuó invirtiendo de forma sustancial en la modernización de la maquinaria y tecnología utilizada en el Vertedero Duquesa y para la construcción de la Planta WTE¹⁴.
13. Mediante Resolución No. 53/2014 de 25 de Julio de 2014, la Dirección General de Contrataciones Públicas determinó que el Contrato de Concesión se había suscrito en violación de ciertas disposiciones de la Ley No. 340-06 sobre Contrataciones Públicas¹⁵.
14. En 2016 y 2017 el Ministerio de Medio Ambiente impuso sanciones a Lajun por violaciones del permiso ambiental y de la Ley 64-00 sobre Medio Ambiente¹⁶.
15. El Demandante invoca que en Mayo de 2017, tras una supuesta nueva intromisión de la Demandada en la operación del Vertedero Duquesa¹⁷, el ASDN y Lajun celebraron un segundo acuerdo transaccional con base en el que el Demandante recuperó el control de su propiedad (el “**Segundo Acuerdo Transaccional**”)¹⁸.

¹¹ *Memorial de Demanda*, §§ 88-89; Anexo C-37, Acto No. 817-2013, Notificación de Rescisión de Contrato del Ayuntamiento de Santo Domingo Norte de fecha 9 de julio de 2013.

¹² *Memorial de Demanda*, § 97; Anexo C-29, Acto de Notificación de Toma de Posesión del Relleno Sanitario del Vertedero de Duquesa y Proceso Verbal de Inventario de Bienes No. 470/2013, de fecha 17 de julio de 2013.

¹³ *Memorial de Demanda*, § 100; Anexo C-5, Primer Acuerdo Transaccional entre el ASDN y Lajun Corporation, S.R.L. de fecha 10 de febrero de 2014.

¹⁴ *Memorial de Demanda*, §§ 102-108, 122.

¹⁵ *Memorial sobre Jurisdicción*, § 19; Anexo R-17, Resolución de la Dirección General de Contrataciones Públicas No. 53/2014 de fecha 25 de julio de 2014.

¹⁶ *Memorial de Demanda*, §§ 123-125; *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 22 y 26.

¹⁷ *Memorial de Demanda*, §§ 157-158.

¹⁸ *Memorial de Demanda*, § 169; Anexo C-8, Segundo Acuerdo Transaccional entre el ASDN y Lajun Corporation, S.R.L. de fecha 24 de mayo de 2017.

16. El 19 de julio de 2017 el ASDN decidió ejercer su derecho de terminación unilateral previsto en el Contrato de Concesión, notificando a Lajun de supuestos incumplimientos de sus obligaciones conforme al Contrato de Concesión y dándole treinta días para subsanarlos¹⁹.
17. El Demandante explica que el 10 de agosto de 2017, antes de la expiración del plazo de subsanación, el ASDN presentó un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior Administrativo de Jurisdicción Nacional solicitando la anulación del Contrato de Concesión (el “**Recurso de Anulación**”)²⁰ y, de forma concurrente, una medida cautelar para que se dispusiera la administración judicial del Vertedero Duquesa hasta la resolución del Recurso de Anulación²¹.
18. El 27 de septiembre de 2017 el Tribunal Superior Administrativo dictó una medida cautelar mediante la cual ordenó la intervención y administración provisional del Vertedero Duquesa por una comisión compuesta por el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social y el Alcalde del ASDN²². Al día siguiente, esta comisión asumió el control del Vertedero Duquesa²³. Según el Demandante, este acto constituyó una expropiación forzosa sin compensación alguna²⁴.
19. El 19 de diciembre de 2017 el Demandante envió a la Demandada una Notificación de Controversia, invitándola a conciliar la controversia de manera amigable²⁵.

¹⁹ *Memorial de Demanda*, § 174; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 27; Anexo C-9, Denuncia de Incumplimiento de Contrato, Acto No. 179/2017, presentada por el ASDN contra Lajun Corporation S.R.L. de fecha 19 de julio de 2017.

²⁰ *Memorial de Demanda*, § 177; Anexo C-11, Recurso Contencioso Administrativo tendente a Anular el Acuerdo para la Administración y Operación del Relleno Sanitario Duquesa y sus Adendas Modificatorias de fecha 10 de agosto de 2017, p. 5, en el que se explica que cuando el Alcalde del ASDN René Polanco tomó posesión de su cargo en julio de 2016 no se encontraba en los archivos del ASDN la Resolución No. 53/2014. Ver también, Anexo R-38, Acto No. 1535/2017 de fecha 1 de agosto de 2017 mediante la que se notificó al ASDN la Resolución No. 53/2014 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

²¹ *Memorial de Demanda*, § 179; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 29.

²² *Memorial de Demanda*, § 184; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 30; Anexo C-13, Sentencia No. 0030-2017-SSMC-00082 del Tribunal Superior Administrativo de fecha 27 de septiembre de 2017, pp. 34-35.

²³ *Memorial de Demanda*, § 185; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 30; Anexo R-41, Acta No. 0001/2017 de la Comisión para la Administración Provisional del Vertedero Duquesa de fecha 28 de septiembre de 2017.

²⁴ *Memorial de Demanda*, § 185.

²⁵ Anexo C-15, Notificación de Controversia de fecha 19 de diciembre de 2017.

20. El 6 de abril de 2018 el Demandante envió a la Demandada una Notificación de Arbitraje de conformidad con el Artículo 3 del Reglamento CNUDMI.
21. El 25 de octubre de 2018 el Tribunal Superior Administrativo falló el Recurso de Anulación interpuesto por el ASDN, declarando la nulidad del Contrato de Concesión en virtud de las violaciones de la Ley No. 340-06 sobre Contrataciones Públicas²⁶. Según el Demandante, este fallo no le fue notificado sino hasta el 10 de enero de 2019²⁷.

3. Solicitudes de las Partes

22. Con base en los hechos arriba indicados de forma sumaria y las actuaciones de las autoridades de la República Dominicana, el Demandante solicita que el Tribunal declare que la Demandada ha incumplido sus obligaciones bajo el Tratado relativas a la expropiación, trato justo y equitativo y protección y seguridad total, medidas discriminatorias y arbitrarias, cláusula paraguas, y trato no menos favorable y, con base en ello, condene a la misma al pago de:
 - (i) entre US\$583.6 millones y US\$596.1 millones en concepto de compensación,
 - (ii) US\$5 millones en concepto de daños morales, y
 - (iii) todos los costos de este procedimiento, incluyendo los gastos legales y honorarios de representación del Demandante, así como los intereses que correspondan²⁸.
23. Más allá de algunas referencias respecto de las alegaciones del Demandante, la Demandada no ha realizado aún su defensa sobre el mérito de la causa. Hasta el momento, sus posiciones y pretensiones se limitan a los aspectos jurisdiccionales de la controversia²⁹.

²⁶ Anexo C-130, Sentencia No. 0030-02-2018-SEEN-00357 del Tribunal Superior Administrativo de fecha 25 de octubre de 2018.

²⁷ *Memorial de Demanda*, § 188.

²⁸ *Memorial de Demanda*, páginas (vi) y (vii).

²⁹ *Infra*, §§ 63-65.

II. HISTORIA PROCESAL

1. La fase inicial

24. Sobre la base del Artículo 3 del Reglamento de la CNUDMI, la Notificación de Arbitraje enviada por el Demandante el 6 de abril de 2018 dio inicio al presente arbitraje.
25. El 19 de julio de 2018 las Partes notificaron a la Secretaria General del CIADI su acuerdo para nombrar al CIADI como Autoridad Administradora del procedimiento arbitral. Además, las Partes notificaron de que, de conformidad con el Artículo 7 del Reglamento de la CNUDMI, el Demandante había nombrado al Sr. Christian Leathley, nacional de Reino Unido, como árbitro y la Demandada había nombrado al Prof. Marcelo Kohen, nacional de la República Argentina, como árbitro. Las Partes informaron además de que los co-árbitros se encontraban en el proceso de nombramiento del Presidente del Tribunal.
26. El 20 de julio de 2018 la Secretaria General del CIADI aceptó el nombramiento como Autoridad Administradora e informó a las Partes que la Sra. Marisa Planells-Valero, Consejera Jurídica del CIADI, fungiría como Secretaria del Tribunal.
27. El 3 de agosto de 2018 los co-árbitros nombraron al Prof. Diego P. Fernández Arroyo, nacional de la República Argentina y del Reino de España, como Presidente del Tribunal.
28. El 7 de agosto de 2018 el Centro informó a las Partes que el Prof. Fernández Arroyo había aceptado su nombramiento como Presidente. El Centro también informó a las Partes de que el número de referencia del procedimiento sería UNCT/18/3 y las invitó a presentar copias de las comunicaciones que hubieran intercambiado con anterioridad a la designación del CIADI como Autoridad Administradora y que debieran transmitirse al Tribunal.
29. El 25 de septiembre de 2018 el Tribunal y las Partes celebraron la consulta procesal preliminar mediante teleconferencia. Las siguientes personas estuvieron presentes:

Miembros del Tribunal:

Prof. Diego P. Fernández Arroyo, Presidente del Tribunal

Sr. Christian Leathley, Árbitro

Prof. Marcelo Kohen, Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sra. Marisa Planells-Valero, Secretaria del Tribunal

En representación del Demandante:

Sr. Richard C. Lorenzo, Hogan Lovells US LLP

Sra. Maria Eugenia Ramirez, Hogan Lovells US LLP

Sra. Juliana de Valdenebro Garrido, Hogan Lovells US LLP

En representación de la Demandada:

Sr. Marcelo A. Salazar, Director, Dirección de Administración de Acuerdos y Tratados Comerciales Internacionales (“**DICOEX**”)

Sra. Leidylin Contreras, Sub-directora, DICOEX

Sra. María Amalia Lorenzo, Analista, DICOEX

Sra. Patricia Abreu, Viceministra para la Cooperación y Asuntos Internacionales, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Sra. Rosa Otero, Directora, Viceministerio para la Cooperación y Asuntos Internacionales, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Sra. Johanna Montero, Abogada de la Dirección de Cooperación, Comercio y Ambiente, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Sr. Enmanuel Rosario, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Sra. Claudia Frutos-Peterson, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

Sra. Gabriela Álvarez Ávila, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

Sra. Elisa Botero, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

30. Durante la consulta procesal preliminar las Partes confirmaron que el Tribunal había quedado debidamente constituido y que las Partes no tenían objeción alguna respecto del nombramiento de los miembros del Tribunal. Se acordó, *inter alia*, que el procedimiento debía desarrollarse con arreglo al Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 1976. Además, las Partes acordaron que los idiomas del procedimiento de arbitraje serían el inglés y el español; que el lugar del arbitraje sería Washington, D.C., aunque el Tribunal podría celebrar audiencias en cualquier lugar que considerase apropiado, con acuerdo de las Partes, y que el laudo se consideraría dictado en el lugar del arbitraje.

31. Tras la consulta procesal preliminar y después de varios intercambios suplementarios, el 23 de octubre de 2018 el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, mediante la cual se registró el acuerdo de las Partes sobre ciertas cuestiones procesales y la decisión del Tribunal sobre los puntos controvertidos. La Resolución Procesal No. 1 también estableció el cronograma para las diversas fases del procedimiento.
32. El 5 de noviembre de 2018, luego de intercambios entre las Partes, el Tribunal emitió un Calendario Procesal revisado.

2. La fase escrita sobre jurisdicción

33. El 18 de enero de 2019 el Demandante presentó su Escrito de Demanda, junto con las Declaraciones Testimoniales del Sr. Michael Anthony Lee-Chin y del Sr. Adrian Christopher Lee-Chin, los Informes Periciales del Prof. Joost H.B. Pauwelyn (con Anexos 1 al 57), del Sr. Brent C. Kaczmarek (IAV Advisors) (con Anexos IAV-1 al IAV-216), del Sr. Thomas Tullo y del Sr. Francois Screve (Deltaway), los Anexos Fácticos C-1 al C-130, y las Autoridades Legales CL-1 al CL-42 (el “**Memorial de Demanda**”). De conformidad con la Sección 10.2. de la Resolución Procesal No. 1, el Demandante presentó el Memorial de Demandada en inglés.
34. El 4 de febrero de 2019 la Demandada presentó una solicitud de bifurcación, junto con el Anexo Fáctico R-1 y las Autoridades Legales RL-1 al RL-21 (la “**Solicitud de Bifurcación**”) de dos objeciones jurisdiccionales. De conformidad con la Sección 10.2. de la Resolución Procesal No. 1, la Demandada presentó la Solicitud de Bifurcación en español.
35. El 19 de febrero de 2019 el Demandante presentó su Oposición a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, junto con las Autoridades Legales CL-43 al CL-57 (la “**Oposición a la Bifurcación**”). De conformidad con la Sección 10.2. de la Resolución Procesal No. 1, el Demandante presentó su Oposición a la Bifurcación en inglés.
36. El 6 de marzo de 2019 el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 informando a las Partes sobre su decisión de conceder la Solicitud de Bifurcación de la Demandada. Asimismo, determinó la continuación del procedimiento arbitral según la Opción II del calendario procesal revisado.

37. El 6 de mayo de 2019 la Demandada presentó su Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, junto con los Anexos Fácticos R-2 al R-48 y las Autoridades Legales RL-22 al RL-190 (el **“Memorial sobre Jurisdicción”**).
38. El 3 de julio de 2019 el Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Objeciones a la Jurisdicción, junto con el Segundo Informe Pericial del Prof. Joost H.B. Pauwelyn (con Anexos 58 al 70), las Declaraciones Testimoniales del Embajador Frederic Emam Zade y el Embajador George Anthony Hylton, los Anexos Fácticos C-131 al C-138, y las Autoridades Legales CL-58 al CL-61 (el **“Memorial de Contestación sobre Jurisdicción”**).
39. El 16 de julio de 2019 el Demandante solicitó al Tribunal la modificación del calendario procesal. Adjunto a dicha solicitud, el Demandante presentó una comunicación de la Demandada rechazando la propuesta de modificación de calendario procesal del Demandante.
40. El 17 de julio de 2019, en vista del desacuerdo entre las Partes, el Tribunal rechazó la solicitud del Demandante.
41. El 5 de agosto de 2019, luego de intercambios entre las Partes y de conformidad con la Resolución Procesal No. 1, el Centro transmitió al Tribunal las respectivas solicitudes de exhibición de documentos de las Partes.
42. El 19 de agosto de 2019 el Tribunal emitió su decisión sobre las solicitudes de exhibición de documentos de las Partes.
43. El 21 de octubre de 2019 la Demandada presentó su Memorial de Réplica sobre Objeciones a la Jurisdicción, junto con los Anexos Fácticos R-49 al R-73 y las Autoridades Legales RL-191 al RL-269 (la **“Réplica sobre Jurisdicción”**).
44. El 15 de noviembre de 2019 el Demandante solicitó una prórroga para la presentación de su Dúplica sobre Objeciones a la Jurisdicción. En la misma fecha, la Demandada confirmó su acuerdo con la solicitud del Demandante.
45. El 18 de noviembre de 2019, en vista del acuerdo de las Partes, el Tribunal autorizó la extensión de tiempo solicitada por el Demandante.

46. El 12 de diciembre de 2019 el Demandante presentó su Dúplica sobre Objeciones a la Jurisdicción, junto con las Segundas Declaraciones Testimoniales del Sr. Michael Anthony Lee-Chin y el Embajador George Anthony Hylton, los Anexos Fácticos C-139 al C-145, y las Autoridades Legales CL-62 al CL-75 (la “**Dúplica sobre Jurisdicción**”).

3. La Audiencia sobre jurisdicción

47. El 13 de enero de 2020 el Centro transmitió a las Partes un borrador de agenda para la reunión organizativa preliminar a la Audiencia, invitando los comentarios de las Partes.

48. El 28 de enero de 2020 el Tribunal celebró una reunión organizativa preliminar con las Partes mediante conferencia telefónica.

49. El 31 de enero de 2020 la Demandada solicitó autorización al Tribunal para introducir dos nuevos anexos y una nueva autoridad legal en el expediente del caso. El 6 de febrero de 2020 el Demandante indicó que no se oponía a la solicitud de la Demandada siempre y cuando se le otorgara la oportunidad de presentar comentarios durante la Audiencia en relación con los documentos adicionales de la Demandada y se le autorizara a introducir una nueva autoridad legal. El 11 de febrero de 2020 la Demandada informó de que no se oponía a la solicitud del Demandante. El 12 de febrero de 2020 el Tribunal autorizó la incorporación al expediente del caso de los documentos adicionales de ambas Partes. De conformidad con ello, el 13 de febrero de 2020 el Demandante introdujo una autoridad legal con la referencia CL-76, y la Demandada introdujo dos nuevos anexos con las referencias R-74 y R-75 y una nueva autoridad legal con la referencia RL-270.

50. El 11 de febrero de 2020 el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 relativa a la organización de la audiencia.

51. El 14 de febrero de 2020 el Demandante informó de la decisión del Embajador Frederic Emam Zade de no acudir a testificar a la Audiencia y proporcionó una carta del mismo explicando que su decisión se debía a las potenciales implicaciones políticas de su testimonio de cara a las próximas elecciones presidenciales en la República Dominicana. El 18 de febrero de 2020 la Demandada solicitó que, en vista de lo anterior, la declaración testimonial del Embajador Zade fuera eliminada del expediente del caso. El 21 de febrero de 2020 el

Demandante presentó comentarios adicionales. El 24 de febrero de 2020, de conformidad con la Sección 17.4 de la Resolución Procesal No. 1, el Tribunal decidió eliminar del expediente del caso la declaración testimonial del Embajador Zade, y cualquier referencia a la misma en las presentaciones de las Partes, al considerar que el Demandante no había probado la existencia de circunstancias excepcionales que impidieran la participación del Embajador Zade en la Audiencia.

52. La Audiencia sobre Jurisdicción se celebró en Washington D.C. el 27 y 28 de febrero de 2020. Las siguientes personas estuvieron presentes en la Audiencia:

Tribunal:

Prof. Diego P. Fernández Arroyo	Presidente
Sr. Christian Leathley	Árbitro
Prof. Marcelo Kohen	Árbitro

Secretariado del CLADI:

Sra. Marisa Planells-Valero	Secretaria del Tribunal
-----------------------------	-------------------------

Por el Demandante:

Sr. Richard C. Lorenzo	Hogan Lovells US LLP
Sr. Mark R. Cheskin	Hogan Lovells US LLP
Sra. María E. Ramírez	Hogan Lovells US LLP
Sra. Juliana De Valdenebro	Hogan Lovells US LLP
Sra. Marta M. Urrea	Hogan Lovells US LLP
Sra. Wilzette Louis	Hogan Lovells US LLP
Sr. Michael Anthony Lee-Chin	Demandante
Sr. Adrian Lee-Chin	Afiliado al Demandante
Sra. Lorraine Sullivan	Afiliada al Demandante

Por la Demandada:

Sra. Claudia Frutos-Peterson	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sra. Gabriela Álvarez Ávila	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sr. Fernando Tupa	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sra. Natalia Linares	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sra. Belén Ibañez	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sra. Jaclyn Messemer	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sra. Stephania Ocampo	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Sr. Marcelo A. Salazar	Dirección de Administración de Acuerdos y Tratados Comerciales Internacionales

Sra. Leidylin Contreras	Dirección de Administración de Acuerdos y Tratados Comerciales Internacionales
Sra. Raquel De La Rosa	Dirección de Administración de Acuerdos y Tratados Comerciales Internacionales
Sra. Patricia Abreu Fernández	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Sra. Rosa Otero Nieves	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Sr. Emmanuel Rosario Estévez	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Sra. Johanna Montero De Los Santos	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Estenógrafos:

Sr. David Kasdan	B&B Reporters
Sra. Marjorie Peters	B&B Reporters
Sr. Dionisio Rinaldi	D-R Esteno
Sra. Carla Pagura	D-R Esteno

Intérpretes:

Sra. Judith Letendre
Sra. Estela Zaffaroni
Sr. Luis Eduardo Arango

53. Durante la Audiencia, las siguientes personas fueron interrogadas:

Presentados por el Demandante:

Embajador George Anthony Hylton (como testigo)	Jamaica
Prof. Joost H.B. Pauwelyn (como experto)	Graduate Institute of International and Development Studies, Ginebra (Suiza)

54. Al finalizar la Audiencia, el Tribunal y las Partes acordaron que no se presentarían escritos posteriores a la audiencia.

4. La fase posterior a la Audiencia sobre jurisdicción

55. El 2 de abril de 2020 las Partes remitieron las versiones corregidas de las transcripciones de la Audiencia. Debido a ciertos desajustes observados en las traducciones, las Partes solicitaron al Tribunal que tuviera en cuenta exclusivamente las versiones de las transcripciones en el idioma

original. El 3 de abril de 2020 el Tribunal comunicó a las Partes que actuaría según lo solicitado por ellas.

56. El 7 de abril de 2020 la Secretaria del Tribunal remitió a las Partes y al Tribunal las versiones finales de las transcripciones de la Audiencia preparadas con base en las correcciones a las transcripciones enviadas por las Partes con fecha de 2 de abril de 2020.
57. El 10 de abril de 2020 el Tribunal solicitó a las Partes sus Declaraciones sobre Costas.
58. El 20 de abril de 2020 el Demandante presentó su Declaración sobre Costas y la Demandada solicitó una prórroga hasta el 15 de mayo de 2020 para la presentación de su Declaración sobre Costas debido a las dificultades causadas por la crisis del COVID-19.
59. En esa misma fecha, el Demandante informó que no tenía objeción a la solicitud de la Demandada siempre y cuando tanto la Demandada como el Tribunal acordasen que el Tribunal podría emitir su decisión sobre jurisdicción tan pronto como fuera posible, pudiendo la misma ser seguida por una decisión sobre costos tras la presentación de la Declaración sobre Costas por parte de la Demandada.
60. El 21 de abril de 2020 en vista de las circunstancias excepcionales causadas por la crisis del COVID-19, el Tribunal prorrogó el plazo para la presentación o la enmienda, en su caso, de las Declaraciones sobre Costas de las Partes hasta el 15 de mayo de 2020.
61. El 15 de mayo de 2020 la Demandada presentó su Declaración sobre Costas. El 17 de mayo de 2020 la Secretaria del Tribunal remitió la Declaración de Costas del Demandante de fecha 20 de abril de 2020 y la Declaración de Costas de la Demandada de fecha 15 de mayo de 2020 a la otra Parte y al Tribunal.

III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN

62. En esta sección se presentan sucintamente los argumentos principales de las Partes. El Tribunal se referirá con más detalle a algunos de ellos en el curso de su análisis, en cuanto lo considere necesario.

1. La posición de la República Dominicana

A) El Tratado no contiene una oferta de consentimiento al arbitraje CNUDMI

63. En sus presentaciones escritas y orales, la República impugna la jurisdicción del Tribunal sobre la base de los argumentos siguientes:

- (i) el primer párrafo del Artículo XIII no se puede interpretar como una oferta abierta de consentimiento al arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI³⁰;
- (ii) el segundo párrafo del Artículo XIII requiere que la República otorgue su consentimiento *ex post* a la existencia de una controversia para que ésta pueda someterse a un arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI³¹;
- (iii) el Demandante tiene la carga de probar de manera clara e inequívoca que existe un consentimiento de la República al arbitraje CNUDMI y no ha satisfecho dicha carga³²;
- (iv) la cláusula de nación más favorecida no puede invocarse para fundar el consentimiento de la República³³ ni puede utilizarse para “confirmar” la interpretación del Artículo XIII³⁴.

B) El Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos

64. La Demandada considera además que el Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos, fundándose en las razones siguientes:

- (i) la ausencia de protección a las inversiones indirectas y a los inversionistas indirectos es consistente con el principio fundamental de derecho internacional según el cual los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por los daños sufridos por la sociedad en la que poseen acciones³⁵;

³⁰ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 38 y 88. *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 6-24.

³¹ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 24-45.

³² *Memorial sobre Jurisdicción*, § 84, nota al pie 73. *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 108-113.

³³ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 88-146. *Réplica sobre jurisdicción*, §§ 124-150.

³⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 118-123.

³⁵ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 173-176. *Réplica sobre Jurisdicción*, § 162.

- (ii) existen múltiples referencias textuales en varias disposiciones del Tratado que muestran que su intención es proteger únicamente a las inversiones directas y a los inversionistas directos.³⁶;
- (iii) la exclusión de la protección a las inversiones indirectas y a los inversionistas indirectos se justifica por razones de política pública, como la de evitar el aumento exponencial del riesgo de procedimientos paralelos, por lo que es razonable asumir que si las Partes Contratantes del Tratado no previeron expresamente esa protección es porque deseaban excluirla.³⁷.

C) Las pretensiones de la Demandada

65. Sobre la base de los argumentos expuestos, la Demandada solicita al Tribunal que:

- (i) se declare incompetente para resolver la presente controversia;
- (ii) rechace todas las reclamaciones contenidas en el Escrito de Demanda por falta de jurisdicción; y
- (iii) condene al Demandante al pago de todos los costos de este procedimiento, incluyendo los honorarios legales y gastos de representación de la Demandada, así como de los intereses que correspondan.³⁸.

2. La posición de Michael Anthony Lee-Chin

A) La República Dominicana prestó su consentimiento para arbitrar esta controversia

66. El Sr. Lee-Chin, tanto en sus memoriales como durante la Audiencia sobre Jurisdicción, sostiene que la República consintió el arbitraje, esgrimiendo los fundamentos siguientes:

- (i) el primer párrafo del Artículo XIII representa una oferta unilateral de consentimiento al arbitraje internacional de parte de la República.³⁹;

³⁶ *Memorial sobre Jurisdicción*, § 177. *Réplica sobre Jurisdicción*, § 164.

³⁷ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 165.

³⁸ *Memorial sobre Jurisdicción*, § 181. *Réplica sobre Jurisdicción*, § 170.

³⁹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 19-42. *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 8-21.

- (ii) el párrafo segundo del Artículo XIII asume, en su primera frase, que una controversia ya ha sido referida ante arbitraje internacional⁴⁰;
- (iii) la redacción del segundo párrafo del Artículo XIII simplemente permite a las Partes acordar si el arbitraje debe someterse a un árbitro único o a un tribunal arbitral, el cual será designado mediante un acuerdo especial o, en ausencia de tal acuerdo (es decir, por defecto), establecido según el Reglamento CNUDMI⁴¹;
- (iv) la cláusula de nación más favorecida, contenida en el Artículo III del Anexo III del Tratado, confirma el consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional⁴².

B) El Tratado protege a las inversiones indirectas y a los inversionistas indirectos

67. Adicionalmente, el Sr. Lee-Chin afirma que el Tratado protege tanto a las inversiones indirectas como a los inversionistas indirectos, sobre la base de los argumentos siguientes:

- (i) los términos “inversionista” e “inversión” definidos en el Tratado son incuestionablemente amplios e irrestrictos⁴³;
- (ii) el Tratado no limita en modo alguno su protección a inversionistas “directos” ni a inversiones “directas”; de hecho, el término “directo(a)” no se encuentra en ningún lugar de la sección sobre definiciones del Tratado⁴⁴.

C) Las pretensiones del Demandante

68. Apoyándose en los argumentos indicados, el Demandante solicita un laudo del Tribunal que contenga:

- (i) una declaración de que la controversia se encuentra dentro de la jurisdicción y de la competencia del Tribunal;

⁴⁰ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 24. *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 43-45.

⁴¹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 25. *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 23.

⁴² *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 40-41, 81-105. *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 70-77.

⁴³ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 106-111. *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 78-87.

⁴⁴ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 112-114. *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 81.

- (ii) una declaración rechazando sumariamente la impugnación jurisdiccional de la República contenida en sus memoriales sobre jurisdicción;
- (iii) una declaración de que el procedimiento pasará inmediatamente a la fase de méritos;
- (iv) una orden disponiendo que la República debe pagar todos los costos del Demandante, con intereses, relacionados con la presente bifurcación y el procedimiento arbitral, incluyendo todos los honorarios y gastos de sus abogados; y
- (v) una orden concediendo cualquier otro remedio que el Tribunal considere justo y apropiado según las circunstancias⁴⁵.

IV. LOS ELEMENTOS BÁSICOS PARA EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. El texto a interpretar

69. La discusión de las Partes en esta fase de jurisdicción gira esencialmente en torno a la interpretación de la disposición contenida en el Artículo XIII del Anexo III del Tratado, que es el Anexo que disciplina la promoción y la protección recíprocas de las inversiones, y en sí el Tratado protege a las inversiones indirectas y a los inversionistas indirectos.

70. En cuanto al primer punto, el Artículo XIII, que lleva como título “Solución de controversias entre un inversionista y una Parte Contratante”⁴⁶, establece:

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

⁴⁵ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 119. Dúplica sobre Jurisdicción, § 89.

⁴⁶ A fin de evitar cualquier confusión con las Partes del litigio, todas las referencias a las Partes que han suscripto el Tratado serán hechas a las “Partes Contratantes del Tratado”.

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.*

2. La fuente de los criterios de interpretación del Tratado

71. Ambas Partes coinciden en invocar con profusión la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986 (“**Convención de Viena de 1986**”⁴⁷), señaladamente los artículos contenidos en la Sección 3, referida a la interpretación de los tratados. Dicha Convención no está en vigor, pero puede considerarse que los referidos artículos, que son idénticos a los de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, reflejan el estado del derecho internacional consuetudinario aplicable en la materia.
72. Dada la abundancia de referencias en este sentido, conviene transcribir desde ahora los artículos en cuestión:

⁴⁷ Anexo RL-34, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, firmada el 21 de marzo de 1986. Las Partes se refieren a esta Convención como la “Convención de Viena II”. Sin embargo, habida cuenta de la existencia de varias convenciones “de Viena” y para evitar confusiones, el Tribunal prefiere referirse a la misma como “Convención de Viena de 1986”.

Artículo 31

Regla general de interpretación

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 éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
 - a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*
3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*
 - a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.*

Artículo 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Artículo 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. *Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.*
2. *Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.*
3. *Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.*
4. *Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.*

73. Como será puesto de relieve oportunamente, según las Partes, la interpretación respectivamente propuesta por cada una de ellas es la única que se acomoda a los principios interpretativos de la Convención de Viena de 1986. El Tribunal es consciente de que en algunos supuestos particulares puede haber más de una lectura compatible con esta Convención. En cualquier caso, el deber del Tribunal consiste en desentrañar el sentido de las normas pertinentes del Tratado, adoptando la interpretación que considere más adecuada.

3. Los trabajos preparatorios

74. A diferencia de las referencias a otros tratados no aplicables al caso, los trabajos preparatorios del Tratado cuyas disposiciones son objeto de interpretación (mencionados expresamente como “medios de interpretación complementarios” en el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986) pueden, en algunos casos y bajo determinadas circunstancias, ayudar a descubrir la intención de las Partes Contratantes del Tratado al adoptar tales disposiciones.

75. En el presente caso, ambas Partes coinciden en invocarlos, aunque poniendo el acento en diferentes aspectos⁴⁸. Las Partes también han discutido sobre las dificultades para obtener una

⁴⁸ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 59 ss.; *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 39 ss.

versión completa de los trabajos preparatorios y sobre las consecuencias que eso tiene sobre su toma en consideración⁴⁹.

4. Las circunstancias de la celebración del Tratado y otros medios complementarios de interpretación

76. Las Partes han recurrido a otros medios complementarios de interpretación para intentar convencer al Tribunal de lo fundado de sus posiciones respectivas. En particular, y en cuanto a la interpretación del Artículo XIII del Tratado, el Demandante despliega un esfuerzo considerable para que el Tribunal tome en cuenta las opiniones de dos negociadores del Tratado.⁵⁰ De ellas, solo cabe tomar en consideración la de uno de ellos, el Embajador George Anthony Hylton⁵¹, presentado por el Demandante como el líder de la delegación de Jamaica en las negociaciones del Tratado, así como de otros instrumentos similares.⁵²
77. La Demandada niega toda relevancia a esta clase de testimonios con una serie de argumentos.⁵³ En especial, la Demandada resalta que, dada la claridad de la interpretación que ella propone, el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986 impide recurrir a “medios de interpretación complementarios” para afirmar precisamente lo contrario⁵⁴. Para la Demandada, tales medios de interpretación solo pueden ser relevantes para confirmar el resultado de la aplicación del Artículo 31 de la Convención de Viena de 1986.⁵⁵
78. El Tribunal considera, sin embargo, que el testimonio aportado por el jefe de una delegación negociadora puede llegar a tener, con todas las limitaciones inherentes a la figura del testigo de hecho, cierta significación para confirmar los argumentos de la parte que lo presenta o para desvirtuar los de la parte contraria. De hecho, el Tribunal considera que la intervención del Embajador Hylton en la Audiencia de Jurisdicción ofrecía interesantes perspectivas. Sin embargo, el Tribunal notó el contraste entre la inhabilidad del Embajador Hylton para recordar elementos logísticos básicos, así como la negociación de otros aspectos del Tratado, por un

⁴⁹ Tr. Día 1, español, p. 18, l. 1-p. 21, l. 5 (Demandada); Tr. Día 1, inglés, p. 197, l. 8-p. 199, l. 14 (Demandante).

⁵⁰ *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 48 ss.; *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 33 ss.

⁵¹ Anexo C-138, Declaración del Embajador George Anthony Hylton de fecha 26 de junio de 2019.

⁵² Sobre la exclusión del testigo Embajador Frederic Emam Zade, ver *supra* § 51.

⁵³ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 67 ss.

⁵⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 68.

⁵⁵ *Ibid.*

lado, y el recuerdo muy específico y detallado de los términos del Artículo XIII discutido en este arbitraje, por otro lado. El Tribunal no considera apropiado extraer conclusiones acerca de la veracidad del testimonio del Embajador Hylton, pero no advierte la coherencia indispensable en dicho testimonio que le permita tomarlo en cuenta para su análisis.

5. La invocación de precedentes jurisprudenciales

79. Como es habitual en los casos relativos a inversiones, tanto los escritos de las Partes como sus presentaciones orales están repletas de citas jurisprudenciales. En efecto, numerosas decisiones internacionales, particular pero no exclusivamente arbitrales, han sido mencionadas por las Partes para fundamentar sus posiciones respectivas y para persuadir al Tribunal de la interpretación predominante de las nociones a él sometidas. Algunas decisiones arbitrales han sido analizadas con gran detalle, ofreciendo al Tribunal un análisis completo de las perspectivas opuestas de las Partes acerca de ellas.
80. Al respecto, el Tribunal no puede sino recordar que en el derecho internacional no existe la doctrina de *stare decisis*.⁵⁶ Los tribunales son independientes entre sí y no existe entre ellos una organización jerárquica que podría hacer depender, bajo ciertas condiciones, las decisiones de unos de lo ya decidido por otros. Sin embargo, el Tribunal considera en general deseable propender al desarrollo de una *jurisprudence constante* sobre la base de las decisiones anteriores, no solo como medio para brindar cierta previsibilidad a las partes litigantes sino como respuesta a un reclamo constante de dotar de mayor coherencia al sistema internacional de inversiones, reclamo enraizado en la exigencia de afianzar su legitimidad. De hecho, normalmente, las citas jurisprudenciales de las Partes son presentadas como manifestaciones de en qué debe consistir una interpretación de buena fe conforme al sentido corriente de los términos en discusión, que es la regla básica de interpretación.
81. Lo anterior no es para nada contradictorio con el deber primario del Tribunal que es, indudablemente, el de resolver la controversia concreta que se le ha sometido sobre la base de todos sus elementos particulares, tanto fácticos como jurídicos. A este respecto, resulta tal vez ocioso mencionar que la búsqueda de la coherencia sobre la base del análisis pormenorizado

⁵⁶ G. Guillaume, “Le précédent dans la justice et l’arbitrage international” (Lalive Lecture, 2 juin 2010), *Journal de droit international*, 2010-3, pp. 685-703.

de las decisiones anteriores es en muchos casos una búsqueda infructuosa. Lógicamente, siempre se debe tener cuidadosamente en cuenta en qué aspectos los casos en los que tales decisiones han sido adoptadas son similares al caso que nos ocupa o pueden distinguirse de él. El propio hecho de que las Partes presenten los mismos casos para demostrar interpretaciones contrapuestas pone de relieve los límites de la pretensión de conseguir una jurisprudencia coherente dentro de un sistema absolutamente descentralizado, y recuerda hasta qué punto el Tribunal debe ser cuidadoso con el uso de los precedentes jurisprudenciales.

V. PRIMERA OBJECCIÓN JURISDICCIONAL – LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

1. El consentimiento al arbitraje internacional

A) *La obligación asumida por las Partes Contratantes del Tratado*

a. *La posición de la Demandada*

82. Según la Demandada, el propósito del primer párrafo del Artículo XIII es meramente identificar potenciales alternativas para la solución de controversias y fijar las precondiciones para poder someter controversias a alguna de esas alternativas⁵⁷.

83. Para la Demandada, la palabra “serán” (“*shall*”) que precede dichas alternativas admite diversos significados y es utilizada aquí “para denotar algo que potencialmente ocurrirá en el futuro, y no una obligación”⁵⁸. Interpretar “serán” como una obligación en la disposición en cuestión – continúa la Demandada – “conduciría al absurdo de que una misma controversia debería ser sometida simultáneamente a tres métodos de resolución de controversias distintos, ya que la supuesta obligación sería aplicable a los tres métodos, lo que carece de todo sentido”⁵⁹.

⁵⁷ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 9; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 45.

⁵⁸ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 14.

⁵⁹ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 15.

b. La posición del Demandante

84. El Demandante, en cambio, afirma no tener dudas de que el párrafo primero del Artículo XIII contiene un consentimiento “completo” de la República al arbitraje internacional y que, en consecuencia, los inversionistas extranjeros – como el Demandante de este caso – detentan “un derecho inmediato de acceso al arbitraje internacional” (traducción del Tribunal), sin que sea necesario acuerdo posterior alguno o un nuevo consentimiento por parte de la República una vez que surge la controversia⁶⁰.
85. Según el Demandante, “el uso de la palabra ‘serán’ (*shall*) en el primer párrafo confirma el carácter vinculante del consentimiento del Estado”⁶¹ (traducción del Tribunal). En palabras del Demandante, para que esta interpretación conduzca al absurdo – que erróneamente señala la Demandada – de que una misma controversia deba ser sometida simultáneamente a las tres alternativas indicadas en el párrafo primero⁶², habría que ignorar la utilización de la palabra “o” para separar las distintas alternativas⁶³.

c. El análisis del Tribunal

86. Como ya ha quedado señalado⁶⁴ y como difícilmente podría ser de otra forma, ambas Partes han manifestado en múltiples oportunidades que el Tratado, y en particular el Artículo XIII, debe ser interpretado siguiendo los criterios que brinda la Convención de Viena de 1986. Por lo tanto, la aplicación del derecho internacional en vigor, que de todos modos hubiera sido llevada a cabo por el Tribunal, se ve en el presente caso apuntalada por la firme convicción de las Partes. El problema, como suele ser habitual, es que los enfoques para aplicar tales criterios de interpretación, así como los resultados concretos a los que ellos conducen difieren radicalmente.

⁶⁰ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 9.

⁶¹ *Ibid.*; *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 45.

⁶² *Ver supra*, § 83.

⁶³ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 16.

⁶⁴ *Supra*, §§ 71 ss.

87. Sin embargo, antes de llegar al punto crucial sobre el cual las posiciones de las Partes son opuestas, cabe señalar que no existen divergencias sobre la generalidad de los términos del párrafo primero del Artículo XIII.
88. Así, las Partes no evidencian dificultades para aceptar que las controversias a las que se refiere el Artículo XIII deben plantearse entre un inversionista de una Parte Contratante del Tratado y la otra Parte Contratante del mismo.
89. Tampoco es materia de discusión para las Partes que las controversias contempladas en el primer párrafo son las que están “relacionadas con una obligación” establecida en el Anexo III del Tratado que la Parte Contratante del Tratado receptora de la inversión deba cumplir en relación con una inversión.
90. Asimismo, las Partes realizan una idéntica lectura respecto de que las controversias en cuestión no deben haber “sido conciliadas de manera amigable después de un período de tres meses a partir de la fecha de notificación de una reclamación escrita”.⁶⁵
91. De los párrafos precedentes se desprende que, si se está en presencia de una de esas controversias, la cual no ha sido conciliada en el tiempo y modo previsto, el recurso a una de las vías de solución queda expedito. Ni la existencia de una de las controversias definidas en el primer párrafo del Artículo XIII, ni el hecho que ella no ha sido conciliada como lo exige dicho párrafo, están en discusión en el presente caso.
92. De este modo, y sin necesidad de salir del primer postulado de la “regla general de interpretación” contenida en el Artículo 31 de la Convención de Viena de 1986, las Partes han podido coincidir en la práctica totalidad del párrafo primero del Artículo XIII.
93. Donde la coincidencia de las Partes toca a su fin es en la última frase del primer párrafo. Lo que para el Demandante es una clara expresión de consentimiento por parte de las Partes Contratantes del Tratado, para la Demandada no es más que una mera indicación de ciertas situaciones que podrían darse en el futuro. La discrepancia entre las Partes se limita así a la

⁶⁵ *Memorial sobre Jurisdicción*, § 46; *Réplica sobre Jurisdicción*, § 20; *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 22.

cuestión crucial de la obligatoriedad de la sumisión a uno de los mecanismos de solución de controversias previstos.

94. Para el Tribunal la utilización de la expresión “serán sometidas” (“*shall be submitted*” en la versión en lengua inglesa) no deja lugar a dudas. Se trata de la expresión de un deber. Tanto el análisis textual del primer párrafo del Artículo XIII como el del contexto en que se incardina abonan esta interpretación. Sobre esta base, el Tribunal no encuentra dificultades para afirmar, por unanimidad, que el primer párrafo del Artículo XIII contiene claramente una obligación, asumida por las Partes Contratantes del Tratado. Dicha obligación consiste en someter las controversias que allí se definen que se produzcan entre un inversionista y una Parte Contratante del Tratado, a alguno de los foros indicados al final del párrafo, es decir: las cortes de dicha Parte Contratante del Tratado, el arbitraje nacional o el arbitraje internacional.
95. Es verdad que, en español, el tiempo futuro del modo indicativo de un verbo puede usarse con diferentes finalidades y el significado puede variar según la fórmula empleada y la sintaxis de la oración completa en la que el verbo se encuentra. Lo dicho es aplicable a “serán”, futuro indicativo del verbo ser. Lo mismo sucede en inglés, con el verbo auxiliar “*shall*”. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta la formulación de la expresión, la oración completa que la contiene y, fundamentalmente, su presencia en un texto legislativo, no es posible encontrarle otro significado.
96. En efecto, el uso de dicha expresión en relación con la solución de las controversias surgidas del incumplimiento de obligaciones contenidas en el Tratado solo puede leerse como la asunción de un compromiso por los titulares de dichas obligaciones. En el contexto de la interpretación de la expresión “serán sometidas”, es importante tener en cuenta el propio título del Artículo XIII, que 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”.
97. Como consecuencia de lo anterior, 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.

98. La pretensión de la Demandada de que la expresión “serán sometidas” sea interpretada en este contexto como un evento que puede ocurrir en el futuro, no es aceptable. Este argumento de la Demandada se basa, por un lado, en una de las acepciones de la palabra “*shall*” incluida en dos diccionarios y, por otro lado, en un pasaje contenido en la Decisión sobre Jurisdicción en el caso *Planet Mining c. Indonesia*⁶⁶. Para el Tribunal, esos fundamentos no respaldan la interpretación pretendida por la Demandada.
99. Con respecto al término “*shall*”, la Demandada afirma que tiene varios significados y que tan válido como el que “connota una obligación” es el que “se refiere a algo que ocurrirá en el futuro”. Al respecto, la Demandada trae a colación una de las definiciones mencionadas, respectivamente, en el *Diccionario Léxico*⁶⁷ y en el *Black’s Law Dictionary*⁶⁸. Sin embargo, tales definiciones no encajan en el contexto en el cual el verbo “*shall*” es usado en el primer párrafo del Artículo XIII.
100. En efecto, el *Diccionario Léxico* incluye cuatro acepciones. La primera y la cuarta deben ser excluidas, ya que la primera acepción se refiere al uso en primera persona y la cuarta acepción al uso en interrogaciones, dos situaciones que no se dan en la disposición bajo análisis. Las dos acepciones restantes son: (2) “expresión de una afirmación o una intención fuertes” (traducción del Tribunal; original en inglés: “[e]xpressing a strong assertion or intention”); y (3) “[e]xpresión de una instrucción, orden u obligación” (traducción del Tribunal; original en inglés: “[e]xpressing an instruction, command, or obligation”). La única de las cuatro acepciones que tiene como ejemplo una norma jurídica es la (3): “todo empleador debe tomar todas las medidas practicables para asegurar la seguridad de los empleados” (traducción del Tribunal; original en inglés: “every employer shall take all practicable steps to ensure the safety of employees”).
101. Por su parte, el *Black’s Law Dictionary*, que, como es sabido, es un diccionario específicamente jurídico muy utilizado para buscar las definiciones jurídicas en lengua inglesa, incluye cinco

⁶⁶ *Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40 (“*Planet Mining c. Indonesia*”).

⁶⁷ Anexo RL-191, *Diccionario Léxico*, Definición de “*shall*”.

⁶⁸ Anexo RL-192, *Black’s Law Dictionary* (Thomson Reuters, 2014), Definición de “*shall*”.

acepciones del término “*shall*”. La Demandada invoca tres de ellas, las cuales se refieren a una posibilidad (“*should*”, “*may*”) y a algo que ocurrirá en el futuro (“*will*”). Lo que la Demandada no pone de relieve es la primera acepción y, lo que es más importante, las dos llamadas especiales que incluye la definición. La primera acepción indica: “tiene el deber de; más ampliamente, es obligado a” (traducción del Tribunal; original en inglés: “[*h*]as a duty to; more broadly, is required to”). La primera llamada especial – que acompaña a la primera acepción – señala: “esta es la acepción obligatoria que los redactores típicamente pretenden y los tribunales típicamente sostienen” (traducción del Tribunal; original en inglés: “[*t*]his is the mandatory sense that drafters typically intend and that courts typically uphold”). Más contundente aún es la última llamada especial, colocada al final de la definición, después de las cinco acepciones: “solo la primera acepción es aceptable bajo estándares estrictos de redacción” (traducción del Tribunal; original en inglés: “[*o*]nly sense 1 is acceptable under strict standards of drafting”).

102. También la única acepción del *Collins Concise English Dictionary* (otro diccionario ampliamente consultado) que puede referirse específicamente al contexto que aquí se analiza, esto es, la que menciona su uso actual especialmente en documentos oficiales, señala que “*shall*” es “usado como auxiliar para indicar obligación” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*used as an auxiliary to indicate compulsion*”).
103. Se desprende entonces con claridad de todas las fuentes lexicográficas mencionadas en los párrafos que anteceden que la única definición aplicable a la letra y al contexto del primer párrafo del Artículo XIII es la que toma la palabra “serán” como una obligación.
104. La invocación de un párrafo de la Decisión sobre Jurisdicción en el caso *Planet Mining c. Indonesia* tampoco ayuda demasiado a la pretensión interpretativa de la Demandada. Es cierto que el tribunal arbitral en dicho caso (que en realidad son dos casos consolidados⁶⁹) prefiere en un momento abstenerse de optar por una acepción del término “*shall*” en referencia a un texto que tiene poco que ver con el que se discute en el presente arbitraje⁷⁰. Sin embargo,

⁶⁹ Anexo RL-193, *Planet Mining c. Indonesia*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de febrero de 2014 y Anexo RL-194, *Churchill Mining c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40 (“*Churchill Mining c. Indonesia*”), Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de febrero de 2014.

⁷⁰ *Planet Mining c. Indonesia*, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 24 de febrero de 2014, § 163. En el mismo sentido, *Churchill Mining c. República de Indonesia* (misma referencia y fecha), § 162.

como es puesto de relieve oportunamente por el Demandante⁷¹, más adelante, en la misma Decisión, el tribunal dice prístinamente: “el uso de la palabra ‘*shall*’ sin una excepción expresa no deja duda de que Indonesia estaba obligado a otorgar su consentimiento” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*the use of the word ‘shall’ without a stated exception leaves no doubt that Indonesia was obliged to grant its consent*”).⁷². Este dato debe ser conocido seguramente por los representantes de la Demandada que también actuaron en representación de Indonesia en *Planet Mining*.

105. Por lo demás, la Demandada afirma que, “en este caso, la palabra ‘serán’ (*shall*) va seguida de tres posibles alternativas”, lo que implicaría, según la Demandada, que dicho término “está siendo utilizado para denotar algo que potencialmente ocurrirá en el futuro, y no una obligación”.⁷³. A pesar de dicha insistencia, no está de más indicar que en realidad no es “serán” la palabra que precede a los tres mecanismos alternativos de resolución de controversias ofrecidos en el primer párrafo del Artículo XIII, sino la expresión “serán sometidas ante”.

106. Esta puntualización hace que también carezca de sustento la afirmación de la Demandada acerca de que la comprensión de la expresión “serán sometidas” como una obligación llevaría al absurdo de tener que someter la controversia a las tres opciones indicadas al final del párrafo primero.⁷⁴. Según la Demandada, como la obligación se aplicaría a cada una de las opciones, tal entendimiento obligaría a un demandante a iniciar un litigio judicial, un arbitraje doméstico y un arbitraje internacional.

107. Este razonamiento no puede ser acogido en ninguna circunstancia. El primer párrafo del Artículo XIII es particularmente claro en este punto; la obligación debe cumplirse respecto de una de las opciones, que son precisamente eso: opciones, como lo reconoce la propia Demandada⁷⁵. No se necesita ningún esfuerzo interpretativo para colegir que es eso y no otra cosa lo que se desprende de la utilización de la conjunción disyuntiva “o” para separar cada

⁷¹ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 15.

⁷² *Planet Mining c. Indonesia*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de febrero de 2014, § 201.

⁷³ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 14.

⁷⁴ *Supra* § 83.

⁷⁵ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 18, 28.

una de las posibilidades ofrecidas al Demandante: “serán sometidas ante las cortes de dicha Parte o ante arbitraje nacional o internacional”⁷⁶.

108. El Demandante, por su parte, hace hincapié en la *Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, quien a su vez invoca un párrafo del material docente preparado por el profesor Christoph Schreuer para la UNCTAD, referido al arbitraje CIADI, en el cual se dice expresamente que “Algunos TBIs no mencionan específicamente el consentimiento. Pero formulaciones en el sentido que una controversia ‘será sometida’ al Centro o que las partes tienen el derecho de iniciar un procedimiento *no deja dudas acerca del carácter vinculante de estas cláusulas*” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*Some BITs do not specifically mention consent. But formulations to the effect that a dispute ‘shall be submitted’ to the Centre or that the parties have the right to initiate proceedings leave no doubt as to the binding character of these clauses*”).⁷⁷.

109. El Tribunal coincide en el punto principal, en el sentido de que la fórmula “serán sometidas” es indicativa de carácter vinculante. La Demandada, empero, impugna la pertinencia de la referida cita del documento de la UNCTAD afirmando que se refiere a normas en las cuales “existe un sometimiento *a un solo método* de resolución de controversias y *se especifica un foro* (el CIADI)”⁷⁸. El Tribunal estima que la obligación asumida por el Estado no se ve desvirtuada por el hecho de que se abran una o varias opciones, ya que éstas se refieren a la forma de implementar la obligación y no a la existencia de la obligación en sí.

110. La elección de una de las tres opciones no puede negar la existencia de éstas. En otras palabras: el hecho de que las Partes Contratantes del Tratado hayan consentido a tres opciones no puede significar que no han consentido a ninguna de ellas. De otro modo, la frase – y su carácter obligatorio (“serán”) – carecería de sentido. Es esto lo que, precisamente, lleva a afirmar que

⁷⁶ Ver acerca de la discusión del Tribunal con la Demandada sobre esta cuestión, Tr. Día 1, español, a partir de p. 69, l. 10.

⁷⁷ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 9 (énfasis introducido por el Demandante), en referencia a UNCTAD, *Course on Dispute Settlement, ICSID – Module 2.3: Consent to Arbitration* (UNCTAD/EDM/Misc.232/Ad.2), 11 March 2003 (“**UNCTAD, Consent to Arbitration**”), p. 17, aportado como Anexo 55 a la *Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, § 36.

⁷⁸ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 16 (énfasis de la Demandada). Aunque la Demandada indica expresamente el Artículo 8 del Tratado entre el Reino Unido y Sri Lanka, no es esta la referencia específica que usa el documento de la UNCTAD para ejemplificar la afirmación en cuestión, sino el Art. 11 del Acuerdo Modelo Alemán. En éste, si bien se menciona expresamente al Convenio del CIADI, se da a las partes la facultad de llegar a un acuerdo diferente. UNCTAD, *Consent to Arbitration*, pp. 17-18.

cada una de dichas opciones es válida y las Partes Contratantes del Tratado han consentido a todas ellas.

111. El Demandante también invoca en apoyo de su posición la Decisión sobre la objeción a la jurisdicción por falta de consentimiento en el caso *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*⁷⁹, en la cual se interpreta una norma cuyo párrafo primero guarda una similitud considerable con el del presente caso y que contiene la misma expresión que aquí se discute. La norma en cuestión – el Artículo 8(1) del TBI entre el Reino Unido y 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*”⁸⁰. El tribunal del caso *Garanti Koza* decidió por mayoría que “El uso del verbo auxiliar ‘*shall*’ hace dicha frase obligatoria” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*The use of the auxiliary verb ‘shall’ makes that statement mandatory*”)⁸¹.

112. La Demandada impugna la invocación de esta decisión, señalando que, por un lado, la disposición interpretada en *Garanti Koza* se refiere solo al arbitraje internacional en lugar de a tres opciones como lo hace el párrafo primero del Artículo XIII de nuestro caso, y, por otro lado, la mencionada disposición es seguida de un segundo párrafo que establece expresamente el Reglamento CNUDMI como opción por defecto, cosa que no hace – según la Demandada – el párrafo segundo del Artículo XIII⁸².

113. El Tribunal comparte el razonamiento del tribunal en *Garanti Koza* en lo que se refiere a la interpretación de la expresión “*shall be submitted*”. Como ya se señaló⁸³, que el arbitraje internacional aparezca solo o acompañado de otras dos alternativas no cambia en nada el sentido obligatorio de la expresión, sino, en todo caso, la forma de implementarla⁸⁴.

⁷⁹ Anexos RL-160/CL-58, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción por falta de Consentimiento de fecha 3 de julio de 2013 (“*Garanti Koza c. Turkmenistán*”).

⁸⁰ *Ibid.* § 17.

⁸¹ *Ibid.* § 28.

⁸² *Réplica sobre Jurisdicción*, § 16. La Demandada también critica la citada decisión arguyendo que se trata de una decisión por mayoría y calificando el razonamiento como “erróneo”.

⁸³ *Supra* §§ 94, 109.

⁸⁴ Algo similar cabe afirmar respecto de la aplicación del Reglamento CNUDMI, como se desarrollará más adelante. *Infra* §§ 175 ss.

114. En primer lugar, las Partes Contratantes del Tratado hicieron una elección cuando decidieron que se ofrecerían tres opciones y que una de ellas podría ser escogida para resolver una disputa determinada. Esto, en sí mismo, fue un acto significativo y no un gesto vacío o sin sentido hecho por los Estados en el contexto de las disposiciones sobre resolución de controversias del Tratado. En segundo lugar, el texto no nombra (identificando “Estado” o “inversionista”) quien elige cuál de las tres opciones es adoptada porque no es necesario; es obvio: el inversionista. Esto es así porque, como ya antes se expresó, solo el inversionista puede legalmente elegir el arbitraje, y solo el inversionista necesita hacerlo sobre la base del consentimiento otorgado por el Estado. La elección del inversionista no es la imposición de una opción, sino la aceptación del consentimiento anticipado ofrecido por el Estado. No puede haber imposición alguna porque el Estado ha consentido. Esto no menoscaba la igualdad de las partes, sino que más bien reconoce y confirma la secuencia establecida en el propio Tratado.
115. La unanimidad del Tribunal en la interpretación del Artículo XIII abarca tanto la obligatoriedad de la sumisión a uno de los mecanismos de resolución de controversias mencionados en su primer párrafo como la definición de las controversias allí incluida.
116. Tal unanimidad es muy importante de destacar, sobre todo si se toma en consideración la cantidad de páginas y el tiempo que las Partes han dedicado a la discusión sobre esta cuestión, enfrentando obligación con mera indicación de opciones que podrían existir en el futuro.
117. Sin embargo, dicha unanimidad no alcanza a la cuestión de la implementación de la obligación claramente asumida por las Partes Contratantes del Tratado. En efecto, para la mayoría del Tribunal, 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.

118. Todos los miembros del Tribunal Arbitral coinciden en que el consentimiento del Estado es ineludiblemente requerido para que un arbitraje pueda existir. Para la mayoría del Tribunal, dicho consentimiento se expresa en la obligación asumida por las Partes Contratantes del Tratado y es lo que le da sentido a la misma. El efecto útil de la disposición que consagra la obligación de someterse al arbitraje – indudablemente contenida en el párrafo primero del Artículo XIII – es el de servir como oferta de consentimiento. Obligación de someterse al arbitraje y consentimiento al arbitraje significan, en este sentido, lo mismo. La efectividad de dicha obligación no puede depender de que el arbitraje sea el único mecanismo previsto o que el mismo aparezca acompañado de otros mecanismos para la resolución de las controversias. Para un Estado es perfectamente concebible consentir (y ofrecer un consentimiento anticipado) a más de una opción para la resolución de controversias. El derecho internacional no niega esta posibilidad, como de hecho la inmensa mayoría de tratados bilaterales y multilaterales de inversión lo prueban. Del mismo modo, no hay ninguna referencia, expresa o implícita, en el texto del Tratado que permita concluir que el consentimiento queda excluido o limitado porque las Partes Contratantes del Tratado han incluido tres opciones.
119. La mayoría del Tribunal hace suya la manifestación de la Demandada acerca de la exigencia de que el consentimiento del Estado (como el de cualquier obligado) sea claro e inequívoco. 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. Pero tan cierto como que el consentimiento del Estado no puede presumirse⁸⁵, es que el Estado no puede ampararse en su condición de tal para sustraerse de las obligaciones libremente asumidas.
120. Que el consentimiento sea claro e inequívoco no quiere decir que la interpretación de la disposición que lo contiene deba llevarse a cabo restrictivamente. Una afirmación no sigue a la otra. En este sentido, el Tribunal hace suya la célebre opinión de la Magistrada Rosalyn Higgins: “Según la jurisprudencia de la Corte Permanente y de la Corte Internacional, está

⁸⁵ Anexos RL-160/CL-58, *Garanti Koza c. Turkmenistán*, §§ 21-22.

claro que no existe una norma que exija una interpretación restrictiva de las cláusulas compromisorias [...] La Corte no tiene ninguna política judicial de ser liberal o estricta al decidir el alcance de las cláusulas compromisorias; son decisiones judiciales como cualquier otra” (traducción del Tribunal)⁸⁶. En la misma línea, el Tribunal considera que tampoco debe ser liberal o estricto al decidir sobre su jurisdicción. Ninguna de esas dos orientaciones está ordenada por el Tratado y ambas estarían en contradicción con los principios de interpretación aplicables según la Convención de Viena de 1986.

121. En cambio, la minoría entiende que la obligación prevista en el primer párrafo del Artículo XIII – cuya existencia le resulta indudable – requiere para perfeccionarse un acuerdo ulterior sobre cuál será el foro para dirimir la controversia. La minoría hace hincapié en que no existe una indicación de que la elección es libre para cualquiera de las partes⁸⁷. El argumento de la mayoría no implica ni asume de ningún modo que los Estados que celebran un tratado no pueden exigir un acuerdo adicional. Sin embargo, en este caso, resulta evidente que ningún acuerdo adicional es exigido a las partes en disputa.

122. Un arbitraje internacional comienza cuando el demandante envía la notificación de arbitraje al demandado. En nuestro caso, es esto todo lo que se requiere como precondition para la aplicación del segundo párrafo del Artículo XIII (de conformidad con el Reglamento CNUDMI o cualesquiera otras reglas acordadas). El Estado no tiene la opción de comenzar un arbitraje bajo el Artículo XIII. Por consiguiente, solo hay un modo de aplicar el segundo párrafo del Artículo XIII: el inicio de un arbitraje por el inversionista. No hay otra opción.

123. Es cierto que, a diferencia de esa ausencia que la minoría destaca en el Artículo XIII, el Artículo XIV del Anexo III del Tratado, referido a la “Solución de controversias entre las Partes

⁸⁶ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Preliminary Objections, Judgment of December 12, 1996, Separate Opinion of Judge Higgins, ICJ Reports 1996 (aportado como Anexo 37 a la Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn), p. 857, § 35: “It is clear from the jurisprudence of the Permanent Court and of the International Court that there is no rule that requires a restrictive interpretation of compromissory clauses. [...] The Court has no judicial policy of being either liberal or strict in deciding the scope of compromissory clauses: they are judicial decisions like any other”. Ver también Anexo RL-159, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Opinión disidente de Laurence Boisson de Chazournes de fecha 3 de julio de 2013, § 48, citada en *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 67.

⁸⁷ Nótese que la disposición discutida en la Decisión sobre jurisdicción en el caso *Garanti Koza* (el Artículo 8(1) del TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán) incorpora al final dicha precisión: “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” (Anexos RL-160/CL-58, *Garanti Koza c. Turkmenistán*, § 17).

Contratantes”, menciona expresamente en su párrafo segundo quién puede someter la controversia a arbitraje en los siguientes términos: “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”.

124. Sin embargo, la mayoría del Tribunal entiende que lo establecido en el Artículo XIV no hace sino confirmar 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.

125. En efecto, en el marco del Tratado, el arbitraje entre Estado e inversionista solo puede iniciarse de una manera⁸⁸. Concretamente, los Estados han ofrecido su consentimiento en el Artículo XIII y dicho consentimiento se perfecciona cuando un inversionista acepta la oferta iniciando un arbitraje. Esto es ampliamente conocido como consentimiento anticipado u oferta de consentimiento al arbitraje. La vía contraria no puede producirse – al menos, respecto del arbitraje – porque el inversionista no es, evidentemente, Parte Contratante del Tratado.⁸⁹. Del mismo modo, el consentimiento anticipado contenido en el primer párrafo del Artículo XIII solo puede venir de los Estados Contratantes del Tratado.

126. El lenguaje utilizado en el tercer párrafo del Artículo XIII, que se refiere expresamente a la exclusión de la protección diplomática, confirma la idea anterior al referirse a “una controversia en la que uno de los inversionistas haya consentido llevar la controversia a arbitraje”. La disposición 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. En simples términos, el consentimiento del inversionista solo puede seguir el consentimiento anticipado al arbitraje otorgado por el

⁸⁸ Según el Experto presentado por el Demandante, esto tiene relación con el modo en que son definidas las controversias cubiertas por el Tratado. *Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauvelyn*, § 13: “Como el Artículo XIII del Anexo III del Tratado solo cubre demandas bajo el Tratado [presentadas] por inversionistas contra el Estado receptor ([c]ontroversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte relativa a una obligación de ésta bajo este Acuerdo), depende del inversionista, y solo del inversionista, seleccionar tribunales nacionales, arbitraje nacional o arbitraje internacional para resolver las controversias con el Estado receptor” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*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*”).

⁸⁹ La mayoría no ignora que, en diversos ámbitos, se han desarrollado argumentos para fundamentar que un Estado puede demandar a un inversionista. Pero en el marco de un tratado como el que nos ocupa, tales argumentos solo podrían invocarse por la vía de una contrademanda. En cualquier caso, se trata de una cuestión que no ha sido planteada ante este Tribunal.

Estado. Consecuentemente, el hecho de que el tercer párrafo del Artículo XIII se refiera al inversionista que consiente al arbitraje presupone necesariamente que la oferta de consentimiento ha sido aceptada mediante el acto unilateral del inversionista (la Notificación de Arbitraje). No hay, según la opinión de la mayoría del Tribunal, otra explicación o interpretación posible.

127. El Tribunal, por lo tanto, no puede acompañar la lectura que hace la Demandada del tercer párrafo del Artículo XIII, afirmando que la protección diplomática se excluiría solo cuando exista un “consentimiento perfeccionado al arbitraje”⁹⁰, entendiendo como tal solo el que se obtendría mediante un nuevo acuerdo. El “consentimiento perfeccionado” se produce cuando el inversionista acepta la oferta realizada por el Estado. Una lectura de buena fe del tercer párrafo del Artículo XIII no permite deducir que existe un requisito adicional de consentimiento.⁹¹ Nada en el texto sugiere esa interpretación.

128. La posición del Tribunal en este punto no es precisamente novedosa. Existen ejemplos relevantes que se refieren específicamente al punto tratado aquí. Así, por ejemplo, en *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador*⁹², al confirmar su jurisdicción, el tribunal señaló elocuentemente que “El consentimiento mutuo de las Partes al arbitraje derivado del Artículo VI del Tratado no es, por supuesto, un tratado entre dos Estados. El consentimiento de las Partes está contenido en el Acuerdo de Arbitraje separado sometido al derecho internacional entre las Demandantes y la Demandada, que se formó con la aceptación escrita de las Demandantes (mediante su Notificación de Arbitraje) de la oferta permanente y general a arbitrar de la Demandada contenida en el Artículo VI(2) del Tratado (traducción del Tribunal; original en inglés: “*The Parties’ mutual consent to arbitration derived from Article VI of the Treaty is not, course, a treaty between two States. The Parties’ consent is contained in the separate Arbitration Agreement subject to international law between the Claimants and the Respondent, that was formed upon the*

⁹⁰ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 45.

⁹¹ *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 27-28; *Primera Opinión Jurídica del Prof. Pauvelyn*, § 67.

⁹² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. República del Ecuador*, UNCITRAL, CPA Caso No. 2009-23, *Second Partial Award on Track II* de fecha 30 de agosto de 2018, § 7.85.

Claimants' written acceptance (by their Notice of Arbitration) of the Respondent's standing, general offer to arbitrate contained in Article VI of the Treaty.)⁹³.

129. La Demandada insiste en que, al contrario de otros tratados firmados por la República, el texto del primer párrafo del Artículo XIII en este caso no menciona el derecho del inversionista a elegir uno de los métodos alternativos de resolución de disputas⁹⁴. El Tribunal considera que, en general, el hecho de que un instrumento internacional tenga una redacción diferente a la de otro, difícilmente sirve para probar cuál es la interpretación más adecuada de cualquiera de ellos o para dejar constancia de la intención de las partes contratantes en el sentido del Artículo 31(4) de la Convención de Viena de 1986. Esto es así porque las condiciones de negociación, los objetivos perseguidos por cada una de las partes contratantes y/o las relaciones entre éstas son esencialmente distintas para cada tratado.

130. Además, basar la interpretación de un tratado simplemente en las diferencias de lenguaje con otros tratados celebrados por un mismo Estado tiene por lo menos dos inconvenientes: por un lado, las diferencias de lenguaje no implican necesariamente diferencias de regímenes; y, por otro lado, esta postura parece asumir que la redacción de todos esos tratados depende exclusivamente de dicho Estado, cuando es evidente que hay otro Estado corresponsable (u otros Estados corresponsables, como en este caso) de la redacción de cada tratado en particular. Todas estas razones llevan a la mayoría del Tribunal a considerar que la invocación de las disposiciones de un tratado solo puede tener algún efecto en la interpretación de otro en la medida en que se demuestre que existen datos específicos y concluyentes para que aquéllas alcancen el rango de pautas interpretativas de éste o para identificar la intención de las respectivas partes contratantes.

131. El Tribunal no niega la existencia de similitudes textuales entre tratados, pero, en cualquier caso, las mismas deben ser abordadas con mucha cautela. Es cierto que los textos de los otros tratados son a menudo invocados para intentar demostrar cuál sería el “sentido corriente” de

⁹³ Aunque el texto del tratado en cuestión (el TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos, celebrado en 1993 y denunciado por Ecuador en 2017) es diferente al del Tratado entre la República Dominicana y el CARICOM, la cita transcripta de la decisión resulta interesante, teniendo en cuenta que el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos no incluía ninguna disposición requiriendo un consentimiento adicional del Estado, además del consentimiento anticipado en su Artículo VI.

⁹⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 18 y nota 48.

los términos utilizados, en el sentido del Artículo 31(1) de la Convención de Viena de 1986, pero, en tal caso y por las razones expuestas en el párrafo precedente, las referencias deben analizarse con mucho cuidado. Las extrapolaciones automáticas deben ser descartadas.

132. En el presente caso, no se ha evidenciado ningún elemento particular que lleve al convencimiento de que el hecho de que en otros tratados – que no son aplicables en la especie – se mencione expresamente el derecho del inversionista a elegir el foro trae como consecuencia que el mismo no existe en el Tratado. Por el contrario, la lectura del Artículo XIII según la guía del Artículo 31(1) de la Convención de Viena de 1986 confirma tal derecho.

133. Por su parte, el escenario de las controversias entre Estados, contempladas en el Artículo XIV del Tratado, es totalmente diferente. En este caso, 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.

134. Por todo lo expuesto, la mayoría del Tribunal considera que el primer párrafo del Artículo XIII contiene la expresión del consentimiento de las Partes Contratantes del Tratado de someter las controversias allí definidas a uno de los tres mecanismos mencionados. En otros términos, las Partes Contratantes del Tratado han construido tres puertas a través de las cuales un inversionista puede pasar. Todas esas puertas son susceptibles de ser abiertas, pero solo una de ellas puede abrirse cada vez⁹⁵. Todo lo que se requiere es (1) que el inversionista reúna las condiciones establecidas en el Tratado a fin de estar legitimado para pasar a través de una de dichas puertas (*ratione personae* y *ratione temporis*); (2) que exista una razón para hacerlo (señaladamente, debe existir una controversia) (*ratione materiae*); y (3) que se seleccione la puerta que se va a utilizar. Dado que la única parte que puede franquear las puertas es el inversionista (como demandante iniciando formalmente el procedimiento de resolución de controversias), a él le corresponde la elección de la puerta a utilizar.

⁹⁵ La ausencia de una disposición “*fork in the road*” separada invocada por la minoría no puede afectar el consentimiento expresado en el primer párrafo. El Tratado explícitamente distingue las tres opciones como alternativas al usar la palabra “o”.

135. Las opciones disponibles para el inversionista son claras y los fundamentos según los cuales ellas pueden ser invocadas son evidentes. Cualquier esfuerzo para descubrir allí exigencias adicionales implicarían reescribir el Tratado.

B) Acerca de la exigencia de la designación específica de un “foro”

a. La posición de la Demandada

136. La Demandada insiste en que, además de no contener una obligación, el primer párrafo del Artículo XIII adolecería de otro defecto insalvable: la ausencia de la identificación de una institución y/o régimen preciso para el arbitraje internacional. La Demandada considera que esta supuesta carencia de foro es determinante, ya que, según ella, “en el derecho internacional no existe tal cosa como un consentimiento al arbitraje internacional *in abstracto*”, es decir, un consentimiento que no sea “específico al foro”⁹⁶. El mencionado defecto, además, impactaría sobre la primera frase del segundo párrafo (“Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional”) ya que, en palabras de la Demandada, “no es posible ‘referir’ una controversia al arbitraje internacional en el vacío”⁹⁷.

b. La posición del Demandante

137. Para el Demandante, los foros de los que habla la Demandada son las tres opciones indicadas en el párrafo primero⁹⁸. Concretamente, según el Demandante, el Tratado “contiene una referencia a un foro arbitral” y “establece la aplicación por defecto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI” (traducción del Tribunal)⁹⁹.

c. El análisis del Tribunal

138. Para el Tribunal, la afirmación de la Demandada de que “no hay consentimiento sin foro” puede ser compatible o no, según a qué se refiera. Como se ha puesto de relieve en las presentaciones escritas y orales de las Partes, las fórmulas contenidas en los Tratados para expresar válidamente el consentimiento respecto de uno o más mecanismos de solución de

⁹⁶ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 10; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 48.

⁹⁷ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 23.

⁹⁸ Tr. Día 2, inglés, p. 478, ll. 1-8 (Demandante).

⁹⁹ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 12.

controversias son variadas.¹⁰⁰ En otras palabras, es evidente que no existe una redacción sacramental única para obligarse de este modo.¹⁰¹ Lo que debe estar presente como una condición *sine qua non* es el convencimiento de que una parte ha expresado su voluntad de resolver determinadas controversias de un modo concreto.¹⁰² Y para desentrañar si tal expresión de voluntad ha existido en el presente caso, el Tribunal sigue – y así lo quieren las Partes – las reglas de interpretación previstas en la Convención de Viena de 1986. Dichas reglas, como ya se ha subrayado, no preconizan ni un enfoque restrictivo ni uno liberal de las disposiciones relativas al consentimiento.¹⁰³

139. No debe descartarse un posible escenario en el que la voluntad, claramente expresada, de un Estado de someterse a determinado mecanismo de solución de controversias se vea frustrada por la imposibilidad de ponerla en práctica. Tal imposibilidad puede basarse, por ejemplo, en el incumplimiento de alguna o varias de las condiciones o definiciones particulares incluidas en el mismo cuerpo normativo que contiene el consentimiento. También podrían existir defectos de redacción insalvables. Ahora bien, para que los defectos de redacción sean considerados insalvables, es preciso agotar las posibilidades interpretativas lógicas que brinda la disposición del Tratado que contiene el consentimiento del Estado – y el Tratado en general – a la luz de los principios de interpretación ofrecidos por el derecho internacional que sean aplicables al supuesto.

140. Es dable concebir que, si el contenido del Artículo XIII se limitara a lo establecido en su párrafo primero, podríamos encontrarnos en un escenario como el que plantea la Demandada. Sin embargo, no es esa la situación que enfrenta este Tribunal. En el caso que nos ocupa, no es preciso ir demasiado lejos. El mismo Artículo en el que las Partes Contratantes del Tratado

¹⁰⁰ El Tribunal se refiere específicamente al consentimiento expresado mediante tratados internacionales – sean de inversión o no – ya que cuando la expresión del consentimiento es canalizada por otras vías – legislación estatal o contratos – las pautas interpretativas son, al menos parcialmente, diferentes.

¹⁰¹ El hecho de que otros tribunales hayan llegado a la conclusión de que una disposición particular de un tratado no refleja el consentimiento del Estado demandado a un tipo de arbitraje específico respecto de la controversia concreta para la cual dicha disposición se invoca no es para nada sorprendente. Mucho menos, pueden esas respuestas particulares elevarse a la categoría de principio de derecho internacional.

¹⁰² El principio tiene larga data en el derecho internacional. Ver la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Status of Eastern Carelia* de fecha 23 de julio de 1923. *PCIJ Series B*, No. 5, p. 27.

¹⁰³ *Supra* § 120.

han disciplinado la “Solución de controversias entre un inversionista y una Parte Contratante” ofrece todas las respuestas.

141. En efecto, sobre la base de una interpretación de buena fe, resulta claro que las Partes Contratantes del Tratado se han obligado, en el primer párrafo del Artículo XIII, a someterse (entre otras posibilidades) al arbitraje internacional para solucionar las controversias allí mencionadas.¹⁰⁴ Y resulta asimismo claro que los otros tres párrafos de dicho Artículo regulan diferentes aspectos de la solución de esas controversias mediante arbitraje internacional¹⁰⁵.

142. La Demandada rechaza que la interpretación realizada por el Demandante y por el experto presentado por el Demandante sea una interpretación de buena fe porque “el principio de buena fe no puede utilizarse para modificar el texto del Artículo XIII o crear obligaciones que no existen”¹⁰⁶.

143. Para el Tribunal, como ya fue indicado, la obligación asumida por las Partes Contratantes del Tratado esta fuera de toda duda sin que sea necesario modificar una sola palabra del primer párrafo del Artículo XIII¹⁰⁷. El Tribunal es particularmente consciente de la importancia de este punto. En este sentido, 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.

144. El segundo párrafo del Artículo XIII, concretamente, establece lo que sucede cuando se opta por iniciar un arbitraje internacional¹⁰⁸. La elección es otorgada al inversionista, a quien le asiste la potestad unilateral de invocar su derecho a arbitrar, siempre que tanto el inversionista como la inversión que sirve de base a la demanda reúnan las condiciones exigidas por el Tratado. Siguiendo este razonamiento, no se percibe en nuestro caso, en principio, ningún obstáculo que pueda causar la frustración del consentimiento. De hecho, ambas Partes han resaltado, acertadamente, la necesidad de hacer una lectura de conjunto del Artículo XIII¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Supra* § 94.

¹⁰⁵ La secuencia “cronológica” completa contemplada en el Artículo XIII, se encuentra *infra*, en el § 172.

¹⁰⁶ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 54.

¹⁰⁷ *Supra* §§ 87-92.

¹⁰⁸ *Infra* §§ 145 ss.

¹⁰⁹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 30; *Réplica sobre Jurisdicción*, § 53.

2. El sometimiento de una controversia al arbitraje internacional

A) *La cuestión contemplada en el segundo párrafo del Artículo XIII*

a. *La posición de la Demandada*

145. Según la interpretación defendida por la Demandada, el segundo párrafo, interpretado de buena fe y conforme al sentido corriente de los términos en él utilizados, tiene por objeto poner de manifiesto que, para que exista consentimiento a un arbitraje CNUDMI, el inversionista y el Estado (Parte Contratante del Tratado) deben concluir un acuerdo *de novo* una vez que haya surgido una controversia entre ellos.¹¹⁰

146. En cuanto a la frase que encabeza el segundo párrafo (“Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional”), la República estima que su único propósito es “introducir las condiciones que tienen que cumplirse para que una controversia pueda someterse a un arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI; ni más, ni menos”.¹¹¹ Este entendimiento no implica para la Demandada que las cuestiones tratadas en el segundo párrafo puedan reducirse a meras cuestiones procesales: “Es evidente que el segundo párrafo no regula simplemente una ‘cuestión procesal’, sino que expresamente requiere que la Demandada otorgue su consentimiento *ex post* a la existencia de la controversia para que ésta pueda someterse a un arbitraje internacional conforme al Reglamento CNUDMI”.¹¹²

147. La Demandada también contrapone la utilización del plural “controversias” en el primer párrafo del Artículo XIII con el singular “controversia” que aparece en el segundo párrafo. Esta diferencia “demuestra”, según la República, que el segundo párrafo requiere su consentimiento. Según esta interpretación, para las controversias que “hipotéticamente se podrían presentar” entre un inversionista y un Estado “estarían potencialmente disponibles” las tres opciones de resolución de controversias previstas en el párrafo primero. En cambio, en el segundo párrafo se establece que “para someter una controversia específica al arbitraje internacional, se requiere de un consentimiento de las partes en disputa para someter dicha

¹¹⁰ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 25.

¹¹¹ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 24.

¹¹² *Réplica sobre Jurisdicción*, § 26.

controversia a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad-hoc*, conforme el Reglamento CNUDMI o a ser designado mediante un acuerdo especial”¹¹³.

b. La posición del Demandante

148. La visión del Demandante acerca del objeto del segundo párrafo del Artículo XIII es completamente diferente. Para él, dicho párrafo asume que la controversia ya ha sido sometida al arbitraje internacional y su función es la de responder a la pregunta de “cómo nombrar a los árbitros”. En consecuencia, se trata de una cuestión procesal que surge una vez que el arbitraje internacional ha sido iniciado y no de una cuestión sustantiva “susceptible de socavar la oferta de consentimiento vinculante y unilateral de la República Dominicana al arbitraje internacional establecida en el párrafo primero del Artículo XIII” (traducción del Tribunal)¹¹⁴.

149. En la visión del Demandante, la interpretación propuesta por la Demandada no es conforme con los criterios de interpretación contenidos en la Convención de Viena de 1986, en particular en su Artículo 31.¹¹⁵ El Demandante sustenta esta afirmación, entre otros, en dos puntos principales. Por un lado, la Demandada no realiza una interpretación contextual del segundo párrafo del Artículo XIII al pretender que la expresión “podrán acordar” (traducción del Tribunal) condicione todo en dicho Artículo, incluso el consentimiento otorgado en el párrafo primero.¹¹⁶ Por otro lado, la interpretación avanzada por la Demandada no permite dar efecto a todos los términos del Tratado, como sucede, por ejemplo, respecto de la frase introductoria del párrafo segundo, la cual es completamente ignorada por la Demandada.¹¹⁷

c. El análisis del Tribunal

150. El segundo párrafo del Artículo XIII es, como ya se mencionó,¹¹⁸ el primero de los párrafos que se ocupa específicamente de disciplinar el régimen del arbitraje internacional. Cabría tal vez preguntarse por qué el régimen de este mecanismo específico para la solución de

¹¹³ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 28.

¹¹⁴ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 22; *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 25.

¹¹⁵ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 24.

¹¹⁶ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 25.

¹¹⁷ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 30.

¹¹⁸ *Supra* § 144.

controversias entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión es abordado específicamente mientras que los otros dos mecanismos señalados en el párrafo primero no.

151. La respuesta a dicha pregunta parece obvia. Solo es necesario explicar la operatividad del arbitraje internacional porque las otras dos opciones indicadas en el primer párrafo del Artículo XIII estarían sometidas al derecho del Estado en el cual el mecanismo interno, judicial o arbitral, es puesto en marcha. Para el arbitraje internacional, en cambio, no existe un sistema uniforme, por lo que resulta preciso establecer unas pautas que permitan que dicha opción pueda realizarse. El párrafo segundo es, así, el producto de esta obvia constatación de las Partes Contratantes del Tratado.

152. 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. El contexto de dicha frase está representado por el nexo evidente entre ella y la última frase del párrafo primero, que presenta al arbitraje internacional como una de las opciones para la solución de las controversias. Precisamente, 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.

153. Sin embargo, como ya se ha indicado, la Demandada considera que “el único propósito de la primera frase del Segundo Párrafo del Artículo XIII es introducir las condiciones que tienen que cumplirse para que una controversia pueda someterse a un arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI”¹¹⁹. Esta afirmación no encuentra asidero en los propios términos de la frase aludida y, por lo tanto, no puede ser compartida por el Tribunal. Nótese que no se dice allí nada que establezca alguna condición como la propuesta por la Demandada. Señaladamente, el segundo párrafo no comienza diciendo “Para que una controversia pueda

¹¹⁹ *Supra* § 146.

someterse” o algo que pudiera interpretarse en el mismo sentido, sino “Cuando la controversia es referida”. El lenguaje utilizado en la frase introductoria es, pues, llano e incondicional.

154. Del mismo modo, el Artículo XIII no contiene ningún término que exija que determinadas condiciones “tienen que cumplirse”. Por el contrario, solo se establece que las partes en disputa podrán (aquí sí, hipotéticamente) acordar determinadas cuestiones acerca del arbitraje internacional, como se explicará más adelante. El mecanismo para dar inicio al arbitraje internacional contemplado en el segundo párrafo del Artículo XIII es el que habitualmente se utiliza, señaladamente, la notificación de arbitraje. 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.

155. Además, es importante subrayar que, si la interpretación propuesta por la Demandada fuera correcta, en el sentido de que el primer párrafo del Artículo XIII no contiene consentimiento alguno, las Partes Contratantes del Tratado no habrían dado su consentimiento para ninguna de las opciones señaladas en la última frase del párrafo primero. Tal entendimiento implicaría que el arbitraje nacional, en particular, está de hecho excluido en cuanto opción, ya que para esta modalidad de arbitraje el Tratado no prevé la eventualidad de un acuerdo *ex post*. Ante esto podría decirse que la conclusión de un acuerdo entre el Estado y el inversionista para someterse a un arbitraje nacional sería siempre posible, aunque no lo diga expresamente el Tratado. Pero, dado que la facultad de las Partes para acordar el sometimiento a un mecanismo de solución de controversias existe en cualquier caso, tal afirmación convertiría en redundante la exigencia de celebrar un acuerdo una vez que ha surgido la controversia para el arbitraje internacional. En otras palabras, el Tribunal no puede hacer suya la interpretación de la Demandada en la medida en que resulta difícil comprender por qué la supuesta exigencia de concluir tal acuerdo *ex post* solo es contemplada explícitamente para el arbitraje internacional, pero no para el arbitraje nacional. La Demandada no ofrece ninguna explicación convincente al respecto.

156. Por las razones explicadas, una interpretación de buena fe conforme al sentido corriente a atribuir a sus términos en su contexto conduce a la conclusión de que el segundo párrafo del Artículo XIII se refiere a la situación producida cuando se opta por el arbitraje internacional.

B) El alcance del posible acuerdo de las Partes

a. La posición de la Demandada

157. Para la Demandada, el segundo párrafo del Artículo XIII, y en especial la expresión “podrán acordar” en él contenida, es fundamental. Según la República, esta frase indica claramente que es indispensable la celebración de un acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor después de surgida la controversia para que se pueda acudir al arbitraje CNUDMI.

158. De hecho, la Demandada entiende que “una interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos utilizados en el Segundo Párrafo” lleva a leer el párrafo en cuestión de la siguiente manera: “el inversionista y la Parte involucrada podrán acordar referir su controversia a un arbitraje CNUDMI”¹²⁰. Y más adelante, en el mismo escrito, insiste: “el sentido corriente de los términos del Segundo Párrafo del Artículo XIII es claro en cuanto a que se requiere un acuerdo por separado entre el inversionista y el Estado receptor para referir una controversia determinada ante arbitraje internacional”¹²¹.

159. También afirma la Demandada que la frase “podrán acordar” no solo se refiere al órgano adjudicativo del arbitraje (un árbitro internacional o un tribunal arbitral *ad hoc*), sino también a las reglas aplicables al procedimiento arbitral, que pueden ser las que definan las partes mediante un acuerdo espacial o el Reglamento CNUDMI¹²². Es decir, según la Demandada, para definir cualquiera de esos puntos es preciso que las partes concluyan un acuerdo. La Demandada no ve ninguna contradicción ni redundancia entre “podrán acordar” y “acuerdo especial”¹²³.

160. El posible acuerdo referido en la segunda frase del segundo párrafo del Artículo XIII resulta entonces, en la interpretación de la Demandada, la vía ineludible para que el Estado brinde su consentimiento al arbitraje. Es sobre esta base que afirma que “[e]s evidente que el Segundo Párrafo no regula simplemente una ‘cuestión procesal’”¹²⁴ como lo pretende el Demandante.

¹²⁰ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 25.

¹²¹ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 54.

¹²² *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 29-30.

¹²³ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 31.

¹²⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 26.

b. *La posición del Demandante*

161. El Demandante, en cambio, entiende que el alcance del acuerdo referido es mucho más limitado. Según el Demandante, dicho acuerdo no es una condición ineludible para poder acceder al arbitraje sino simplemente una opción abierta a las partes para optar por un árbitro único o por un tribunal de arbitraje. Para el Demandante, la interpretación propuesta por la Demandada, que convierte en inevitable la celebración de un acuerdo *ex post* para que se pueda acudir al arbitraje, haría superfluas todas las referencias al arbitraje internacional contenidas en el Artículo XIII ya que, incluso sin esas referencias, el Estado y el inversionista siempre pueden acordar *ex post* el sometimiento al arbitraje de una controversia que haya surgido entre ellos.¹²⁵

162. Para el Demandante, además, resulta determinante que, en contraste con la utilización del verbo obligatorio “*shall*” en el primer párrafo, el párrafo segundo solo use el verbo permisivo “*may*”, “distinguiendo así el carácter vinculante del primer párrafo del carácter permisivo del segundo párrafo” (traducción del Tribunal).¹²⁶ El Demandante deduce de este contraste que la interpretación de la Demandada viola el Artículo 31 de la Convención de Viena de 1986.¹²⁷

163. El Demandante también afirma que la inclusión de la expresión “acuerdo especial” no tendría mucho sentido y sería redundante si todo el párrafo se entiende sometido a la exigencia de un acuerdo *ex post*, ya que se estaría diciendo que “las partes ‘podrán acordar’ un ‘acuerdo especial’” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*the parties ‘may agree’ to a ‘special agreement’*”).¹²⁸

c. *El análisis del Tribunal*

164. Las Partes discrepan profundamente sobre el alcance que debe otorgarse al acuerdo al que están autorizados en los términos del segundo párrafo del Artículo XIII. La Demandada entiende que ese acuerdo es la única vía posible para que ella expresara su consentimiento al arbitraje internacional. En consecuencia, como ningún acuerdo *ex post* ha sido concluido en el presente caso, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del mismo. El Demandante, en

¹²⁵ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 31; *Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, § 21.

¹²⁶ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 25.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 31.

cambio, circunscribe el alcance de tal acuerdo al contexto específico de la frase en la cual se encuentra la expresión “podrán acordar”. Por lo tanto, el acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión solo puede referirse a la configuración específica del órgano que decidirá la controversia.

165. El Tribunal ha analizado todos los argumentos de las Partes, centrándose en cuál es la interpretación que, realizada de buena fe, es la más conforme al sentido corriente de los términos incluidos en la frase en cuestión en su contexto, siempre teniendo en cuenta su objeto y fin.

166. Ante todo, es indispensable recordar cuál es la formulación que ha sido ampliamente discutida en este procedimiento arbitral. Se trata de la expresión “podrán acordar” (“*may agree*”). Ambas Partes coinciden en que la formulación empleada implica que el acuerdo entre las partes litigantes es una eventualidad, es decir, un hecho de realización incierta. El Demandante lo afirma con mucho énfasis.¹²⁹ La Demandada también, aunque dándole al acuerdo un sentido diferente.¹³⁰ Concretamente, para la Demandada, el acuerdo al que se refiere la expresión “podrán acordar” constituye la única vía para que la Demandada exprese su consentimiento al arbitraje internacional, vía que la Demandada puede elegir no transitar, negando de este modo el consentimiento, lo que a su entender ha ocurrido en el presente caso.

167. Lo anterior indica a las claras que, aunque las posturas de fondo sean diferentes, ambas Partes admiten que la expresión “podrán acordar” alude a una posibilidad. En otras palabras, las Partes descartan que pueda tratarse de algo que fatalmente deba ocurrir.

168. Las posturas de fondo difieren en que, para el Demandante, la expresión se refiere a la posible configuración del órgano arbitral llamado a resolver la controversia, mientras que, para la Demandada, la posibilidad es la de consentir someterse al arbitraje internacional. Por

¹²⁹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 7: “el texto incluido en el segundo párrafo del Artículo XIII permite simplemente a las Partes ponerse de acuerdo sobre un árbitro único o un tribunal arbitral, a ser ‘establecido’ según el Reglamento de Arbitraje CNUDMI (por defecto, sin necesidad de un acuerdo *ex post*) o según otro reglamento, esta vez explícitamente hecho según un ‘acuerdo especial’” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*the language included in paragraph 2 of Article XIII merely allows the Parties to agree to a sole arbitrator or to an arbitral tribunal, to be ‘established’ under the UNCITRAL Arbitration Rules (by default, without the need for ex post agreement) or under other rules, this time explicitly made subject to ‘special agreement’*”).

¹³⁰ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 25-26.

consiguiente, la falta de acuerdo conduce, para el Demandante, a la aplicación de las normas por defecto y, para la Demandada, a la ausencia de jurisdicción del Tribunal.

169. Frente a este distanciamiento en las posiciones respectivas, es preciso determinar qué dice textualmente la disposición en cuestión. Pues bien, el texto expreso establece que las partes 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 Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.
170. No cabe ninguna duda de que el texto no dice que el objeto del acuerdo puede ser el de someter la disputa “al arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI”, como pretende la Demandada, sino el de referir la controversia a un árbitro o un tribunal, el cual será constituido de una de las maneras previstas.
171. El análisis contextual confirma y da sentido a los términos utilizados. En efecto, la cuestión contemplada en el segundo párrafo del Artículo XIII es, sin dudas – dada la claridad de los términos empleados en la primera frase del Artículo –, la de una controversia que se somete al arbitraje internacional¹³¹. Consecuentemente, no es aceptable interpretar que el párrafo en cuestión puede leerse (o reescribirse, mejor dicho) del modo que lo pretende la Demandada, que es el siguiente: “el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán referir su controversia a un arbitraje CNUDMI”¹³². Menos aún puede pretenderse que tal lectura expresa “una interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos utilizados en el Segundo Párrafo”, ni que la misma “no deja lugar a duda” de la exigencia de un acuerdo *ex post* para poder someterse al arbitraje. Basta observar lo que sucede si se agrega la primera frase del párrafo segundo, que la Demandada ha obviado en su reescritura, para constatar que tanto desde un punto de vista argumental como sintáctico el resultado no es satisfactorio: “Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional, el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán referir su controversia a un arbitraje CNUDMI”. Sobre la pertinencia de esta interpretación, no está de más señalar que la propia Demandada parafrasea a la Corte Internacional de Justicia para decir que “La función

¹³¹ *Supra* § 156.

¹³² *Réplica sobre Jurisdicción*, § 25.

de un tribunal arbitral es interpretar las disposiciones de un tratado, no revisarlo o modificarlo”¹³³. El Tribunal coincide abiertamente con esta sabia apreciación¹³⁴.

172. En opinión del Tribunal, recapitulando el análisis realizado, el Artículo XIII debe ser entendido como una explicación cronológica de cómo opera el sistema de solución de controversias diseñado por el Tratado. Así, el primer párrafo contiene la oferta de consentimiento realizada por las Partes Contratantes del Tratado; el segundo párrafo establece las diferentes configuraciones que puede adoptar el arbitraje internacional cuando éste es el mecanismo escogido por el inversionista; el tercer párrafo clarifica la cuestión estándar en el arbitraje de inversiones, de acuerdo a la cual la protección diplomática queda restringida cuando el inversionista ha iniciado un arbitraje contra el Estado receptor; y el cuarto párrafo, finalmente, consagra el carácter obligatorio, definitivo e inapelable de las decisiones arbitrales.

173. Dentro de ese esquema, y por todo lo expuesto, el Tribunal considera que una interpretación de buena fe del párrafo segundo del Artículo XIII, sin agregar ni quitar nada a su texto, permite afirmar que, después de fijar el marco en el que dicho párrafo se desenvuelve – el del arbitraje internacional, que es el elegido en este caso –, el mismo párrafo ofrece a las partes litigantes dos opciones: (i) arbitraje ante un árbitro único, o (ii) arbitraje ante un tribunal arbitral *ad hoc* constituido según alguno de los modos previstos (mediante acuerdo especial o según lo establecido en Reglamento CNUDMI).

174. En el caso que nos ocupa, resulta evidente que las Partes han optado por un tribunal de tres miembros y que han seguido para su constitución los preceptos del Reglamento CNUDMI, incluso aunque se considere que la Demandada lo ha hecho por razones procesales y reservando sus objeciones a la jurisdicción del Tribunal¹³⁵.

¹³³ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 152, respecto de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (segunda fase)*, proferida el 18 de julio de 1950 (*ICJ Reports 1950*, p. 221), en la cual se lee: “[L]a obligación de la Corte consiste en interpretar los Tratados; no en revisarlos” (traducción de la Demandada; original en inglés: “*It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them*”). Para más citas en el mismo sentido, *Memorial sobre Jurisdicción*, § 149.

¹³⁴ El Experto presentado por el Demandante también coincide “obviamente” (traducción del Tribunal) con esta afirmación. *Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, § 93.

¹³⁵ Resolución procesal No. 1, §§ 2(1) y 2(2).

C) La cuestión de la aplicación del Reglamento CNUDMI

a. La posición de la Demandada

175. La Demandada afirma, como ya se señaló,¹³⁶ que la aplicación del Reglamento CNUDMI solo es posible si las partes concluyen un acuerdo en tal sentido. Concretamente, en palabras de la Demandada, la frase “podrán acordar” “se refiere también a la selección de las reglas aplicables: ya sea reglas particulares definidas por las partes en disputa (acuerdo especial) o el Reglamento CNUDMI”¹³⁷. El fundamento de esta afirmación radica, según la Demandada, en la “o” que separa ambas opciones, ya que la existencia de dos alternativas requiere “una manera para determinar si se aplica una u otra”¹³⁸. Esa manera sería mediante la conclusión de un acuerdo.

176. La República llama la atención sobre el Artículo 1(1) del Reglamento CNUDMI, el cual exige, para la aplicación del Reglamento, un acuerdo escrito de las partes designándolo expresamente¹³⁹. Para la Demandada, el Artículo XIII no contiene dicho acuerdo, el cual, en sus palabras, debe ser “claro e inequívoco”¹⁴⁰.

177. La Demandada niega además que el Reglamento CNUDMI sea aplicable “por defecto”. En este sentido, explica que, por un lado, la última frase del segundo párrafo del Artículo XIII coloca al “acuerdo especial” y al Reglamento CNUDMI en el mismo plano, “sin privilegiar una opción sobre la otra”, y, por otro lado, el Tratado no dice expresamente que el arbitraje CNUDMI es la opción por defecto, como si lo hacen otros tratados celebrados por la República¹⁴¹. Agrega la Demandada que tal mención de una opción por defecto tampoco existía en la propuesta inicial de redacción de la disposición relativa a la solución de

¹³⁶ *Supra* § 159.

¹³⁷ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 30.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 10, 101 y nota 205.

¹⁴⁰ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 84-87.

¹⁴¹ *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 36, 38 y nota 73.

controversias entre un inversionista y una Parte Contratante del Tratado realizada por CARICOM, la cual incluía también la opción del arbitraje CIADI¹⁴².

178. La Demandada descarta que la coma que separa la segunda de la tercera frase, en la versión en lengua castellana del párrafo en cuestión, tenga alguna incidencia particular en la interpretación que ella propone. Para la Demandada, dicha coma, que no aparece en la versión en inglés, “simplemente hace hincapié que lo que viene antes de la misma se aplica a lo que viene después de ella”¹⁴³.

179. Finalmente, la Demandada niega haber prestado su consentimiento al arbitraje CNUDMI por el hecho de haber participado en el procedimiento arbitral y en la constitución del Tribunal. Afirma que tal participación fue necesaria justamente “para poder plantear su objeción a la jurisdicción del Tribunal”¹⁴⁴.

b. La posición del Demandante

180. El Demandante no disputa la importancia de la conjunción “o” incluida en la última frase del segundo párrafo del Artículo XIII. Para él, la “o” indica que el Tratado ofrece a las partes la oportunidad de celebrar un acuerdo especial para la nominación de los árbitros “o” aplicar, “por defecto” (traducción del Tribunal), el Reglamento CNUDMI en ausencia de dicho acuerdo.¹⁴⁵

181. Al Demandante, dicha aplicación “por defecto” del Reglamento CNUDMI le resulta evidente, ya que un acuerdo especial, que solo puede existir si las partes lo negocian y llegan a un acuerdo, no puede ser una opción por defecto. En cambio, prosigue el Demandante, el Reglamento de la CNUDMI es expresamente mencionado en el Tratado y existe independientemente de cualquier “acuerdo especial” entre las partes; por lo tanto, las partes siempre pueden recurrir a la opción de aplicar el preexistente Reglamento CNUDMI¹⁴⁶.

¹⁴² *Réplica sobre Jurisdicción*, §§ 37, 64. Anexos R-50/C-143, Comentarios de CARICOM al Borrador del Tratado de fecha 8 de marzo de 1998.

¹⁴³ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 41.

¹⁴⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 34.

¹⁴⁵ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 29.

¹⁴⁶ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 34.

182. Para el Demandante, el énfasis respecto del Artículo 1(1) del Reglamento CNUDMI debe ponerse en la exigencia de que las partes hayan “acordado por escrito” (traducción del Tribunal) que la disputa se someta a arbitraje de acuerdo con el Reglamento CNUDMI, descartando requisitos adicionales que no aparecen en dicha norma, como que el acuerdo debe ser “claro e inequívoco”¹⁴⁷.
183. El Demandante concede importancia a la coma que antecede a la última frase del segundo párrafo del Artículo XIII¹⁴⁸. Según el Demandante, esa coma subrayaría que el lenguaje permisivo (“podrán acordar”) solo se aplica a la frase que lo contiene, que es la que está antes de la coma (árbitro único o tribunal *ad hoc*), y que no se aplica ni condiciona la última frase del segundo párrafo¹⁴⁹.
184. Finalmente, el Demandante hace referencia a la correspondencia intercambiada entre las Partes y sus abogados al inicio de este arbitraje, afirmado que allí se evidencia que la República no solo acordó la aplicación del Reglamento CNUDMI, sino que fue ella quien propuso la aplicación de la versión original de 1976 en lugar de la versión de 2010 que había sugerido el Demandante¹⁵⁰.

c. El análisis del Tribunal

185. La parte final del párrafo segundo del Artículo XIII indica que el tribunal de arbitraje *ad hoc* puede ser “designado mediante un acuerdo especial o establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.
186. En su afán por impugnar la interpretación de la Demandante de que el Reglamento CNUDMI constituye la opción por defecto, la Demandada afirma que las dos opciones ofrecidas están en un mismo plano sin que se privilegie ninguna de las dos¹⁵¹. El Tribunal ha intentado comprobar la operatividad de esta afirmación de la Demandada. La conclusión es que, asumiendo que el Artículo XIII ofrece dos opciones para la constitución del tribunal y que

¹⁴⁷ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 71-72.

¹⁴⁸ *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 23, 32.

¹⁴⁹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 27.

¹⁵⁰ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 32.

¹⁵¹ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 36.

ambas opciones son igualmente válidas, el hecho de que las partes no concluyan ningún acuerdo especial para designar el tribunal arbitral lleva necesariamente a la otra opción, que aparece dispuesta en la norma en cuestión tras la conjunción disyuntiva “o”, esto es, al establecimiento de dicho tribunal aplicando el Reglamento CNUDMI. De un modo similar, la adopción de un mecanismo especial para la constitución del tribunal implicaría que las partes desechan el Reglamento CNUDMI a esos fines.

187. Sin embargo, las opciones previstas en la última frase del segundo párrafo del Artículo XIII no son presentadas de forma idéntica. La distinción entre los verbos “designado” (“*appointed*”) y “establecido” (“*established*”) utilizados, respectivamente, para cada una de ellas es importante. El hecho que el tribunal pueda ser establecido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, indica a las claras que dicho cuerpo normativo es aplicable.

188. La propia Demandada reconoce expresamente que el arbitraje CNUDMI es contemplado en el Artículo XIII como una de las opciones para la solución de las controversias¹⁵². Siendo esto así, el hecho de que las otras dos opciones (las cortes nacionales o el arbitraje interno) no han sido invocadas abre las puertas a un arbitraje internacional sometido al Reglamento CNUDMI, el cual ha sido escogido por el inversionista al presentar su Notificación de Arbitraje.

189. Además, las Partes podrían haber acordado nombrar un árbitro único (un “árbitro internacional”) o podrían haber previsto un mecanismo especial para el nombramiento de los árbitros. No hicieron ni una cosa ni otra, apoyándose en lo previsto por el Reglamento CNUDMI.

190. El efecto de la utilización de la coma para separar la segunda y la tercera frases en la versión en español del segundo párrafo del Artículo XIII ha sido exagerado por el Demandante. El Tribunal considera, siguiendo a la Demandada, que no debería ponerse tanto empeño en un signo de puntuación que solo existe en una de las versiones oficiales del Tratado. Con su énfasis, el Demandante busca poner en evidencia que la frase “podrán acordar” del segundo párrafo se agota en la opción entre un árbitro único y un tribunal arbitral. La Demandada, por su parte, minimiza la importancia de la coma en su intento de persuadir al Tribunal que las

¹⁵² *Réplica sobre Jurisdicción*, § 101: “la República sólo expresó su voluntad de considerar al arbitraje CNUDMI como una de las opciones de solución de controversias y a tomar una decisión ‘únicamente caso por caso’”.

partes de la controversia “podrán acordar” tanto la configuración del tribunal como las reglas aplicables. Más importante aún, para la Demandada, sin ese acuerdo no puede haber ni tribunal, ni reglas, ni, lógicamente, arbitraje.

191. En realidad, la coma en cuestión no cambia significativamente el sentido de la disposición bajo análisis. Con coma o sin coma, el dato crucial es que las partes tienen la posibilidad, no el deber, de adecuar la organización del procedimiento arbitral a sus preferencias.

192. En rigor, las Partes no pusieron en duda la aplicabilidad del Reglamento CNUDMI a la constitución del Tribunal ni a todo lo actuado hasta aquí. Solo discutieron acerca de la versión aplicable, imponiéndose la versión original de 1976. Aun aceptando la afirmación de la Demandada en el sentido de que ella aceptó dicha aplicación para poder objetar la jurisdicción ya que, según su entender, la República nunca consintió al arbitraje internacional, lo cierto es que lo hizo sobre la base del Reglamento CNUDMI sin proponer la aplicación de ningún otro instrumento arbitral. La inclusión expresa del Reglamento CNUDMI en el Artículo XIII no parece ser, entonces, anodina. En tal sentido, dicha inclusión satisface el requerimiento del acuerdo por escrito contenido en el Artículo 1(1) del Reglamento CNUDMI, ya que la sumisión al arbitraje “de acuerdo con el Reglamento [CNUDMI]” es una de las opciones consentidas por las Partes Contratantes del Tratado y es, precisamente, la opción elegida en este caso. Extremando los argumentos, también podría decirse que la disposición citada no menciona el tratado como vía para expresar el consentimiento sino solo el contrato, pero, a nuestro conocimiento, ningún tribunal ha tomado ese camino interpretativo.

193. La cuestión de la correspondencia intercambiada entre las Partes para proceder a la constitución del Tribunal no influye en este razonamiento, ya que el consentimiento de las Partes al arbitraje no deja lugar a dudas, como ya se explicó. Sin embargo, dada la trascendencia que le han otorgado las Partes, merece ser mencionada. El Demandante argumenta que esta correspondencia prueba que la República no solo acordó usar y aplicar el Reglamento CNUDMI en este arbitraje, sino que fue ella quien propuso la utilización de la versión de 1976 de este Reglamento (pese a que el Demandante había propuesto inicialmente la aplicación de la versión de 2010).¹⁵³ El Tribunal no puede leer en la sugerencia de la Demandada un

¹⁵³ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 32.

consentimiento al arbitraje. Para el Tribunal, tiene razón la Demandada – que coincide en este punto con el experto propuesto por el Demandante – cuando dice que la participación de una parte en la constitución del tribunal arbitral no puede ser interpretado como un consentimiento a la jurisdicción de ese tribunal.¹⁵⁴ En otras palabras, el consentimiento a la jurisdicción del Tribunal no se debe buscar en la correspondencia de las Partes. Lo que se encuentra ahí, en cambio, es un acuerdo de las Partes a la constitución de un tribunal de tres miembros bajo el Reglamento CNUDMI y para designar al CIADI como Autoridad Administradora.¹⁵⁵ Y lo que no se encuentra en esa correspondencia es un acuerdo especial para que la designación de los miembros del tribunal sea realizada de un modo y/o bajo unas reglas diferentes.

194. En definitiva, por todos los argumentos expuestos, el Tribunal considera que el Reglamento CNUDMI es aplicable a este arbitraje.

3. La invocación de la cláusula de la nación más favorecida

195. Las Partes han discutido acerca de la pertinencia de fundar el consentimiento en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo III del Anexo III del Tratado. Concretamente, el Demandante invoca dicha cláusula para “confirmar” su interpretación respecto del consentimiento otorgado por la República, mientras que ésta niega que la cláusula pueda ser invocada con dicha finalidad y, más ampliamente, que la cláusula pueda ser utilizada para importar el consentimiento dado por la República en otros tratados.¹⁵⁶

196. No obstante ello, dado que la mayoría del Tribunal considera que del análisis del Artículo XIII del Tratado se desprende que la República ha otorgado, clara e inequívocamente, su consentimiento al arbitraje internacional, no se estima necesario abordar el argumento relativo a la cláusula de la nación más favorecida.

¹⁵⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 33; *Segunda Opinión Jurídica del Prof. Pauwelyn*, § 42.

¹⁵⁵ *Supra* § 25.

¹⁵⁶ *Supra* §§ 63(iv) y 66(iv).

4. Los medios complementarios del Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986

197. Las Partes también han desarrollado diversas posiciones acerca de la utilización de los medios complementarios de interpretación mencionados en el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986.¹⁵⁷ Particularmente, han prestado atención a los trabajos preparatorios del Tratado, pese a las dificultades encontradas para la localización de las evidencias de dichos trabajos.¹⁵⁸

198. Al respecto, el Tribunal ha estudiado todos los argumentos vertidos por las Partes. Sin embargo, habiendo determinado claramente el sentido del Artículo XIII del Tratado mediante la aplicación del Artículo 31 de la Convención de Viena de 1986, la mayoría del Tribunal no considera que deba hacer uso de la posibilidad que le otorga el Artículo 32 de dicha Convención. En efecto, el análisis de los medios de interpretación complementarios a efectos de confirmar la interpretación obtenida resulta innecesario (sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones aludidas en el párrafo precedente). El otro supuesto de aplicación del Artículo 32 de la Convención de Viena de 1986, no tiene, para la mayoría del Tribunal, ninguna aplicabilidad en nuestro caso, ya que la interpretación realizada de conformidad con el Artículo 31 no deja ambiguo u oscuro el sentido de la disposición interpretada, ni mucho menos conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Esto hace aún más difícil otorgar a los medios complementarios de interpretación el peso que les concede la minoría.

VI. SEGUNDA OBJECCIÓN JURISDICCIONAL - LA CUESTIÓN DE LAS INVERSIONES INDIRECTAS Y LOS INVERSIONISTAS INDIRECTOS

1. Las inversiones del Sr. Lee-Chin en la República Dominicana

199. Los escritos de las Partes contienen la misma descripción de la estructura de las inversiones del Sr. Lee-Chin en la República Dominicana.¹⁵⁹ A través de dicha estructura, el Demandante controlaría el 90% de Lajun y del Terreno deslindado, mientras que el 10% restante sería propiedad de un empresario dominicano, el Sr. Luis José Asilis Elmudesi.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *Supra* §§ 74-78.

¹⁵⁸ *Supra* § 75.

¹⁵⁹ *Supra*, § 7.

¹⁶⁰ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 108; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 17.

200. Además de la adquisición de Lajun y del Terreno deslindado, el Demandante alega que sus inversiones en la República Dominicana también consisten en el derecho al desarrollo de una planta de reciclaje y de la planta WTE, y el Contrato de Concesión otorgado por el ASDN.¹⁶¹

2. Las inversiones protegidas por el Tratado

A) La posición de la Demandada

201. La Demandada afirma que el Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos. Para la Demandada, la definición amplia de inversiones se relaciona con el tipo de derechos o activos que están protegidos por el Tratado y no con la forma de tenencia de los mismos.¹⁶² Según sus palabras, esa definición “no tiene ninguna relación con la cuestión de la protección de las inversiones indirectas”¹⁶³.

202. La ausencia de una mención expresa de las inversiones indirectas y de los inversionistas indirectos conduce fatalmente a interpretar, señala la Demandada, que el Tratado solo resulta aplicable a inversionistas que hayan realizado directamente una inversión. En sustento de esta afirmación, la Demandada invoca una serie de tratados en los cuales esa mención expresa es incluida, así como la opinión de autores y alguna decisión arbitral coincidentes con su posición.

203. La Demandada también subraya que su postura “es consistente con el principio fundamental de derecho internacional según el cual los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por los daños sufridos por la sociedad en la que poseen acciones”¹⁶⁴, y que “fue el propio Demandante quien montó toda una estructura corporativa justamente porque no quería tener la tenencia directa de la inversión”¹⁶⁵.

204. Finalmente, la Demandada afirma que es razonable asumir que las Partes Contratantes del Tratado no previeron expresamente la protección de las inversiones indirectas y de los

¹⁶¹ *Supra* § 8.

¹⁶² *Réplica sobre Jurisdicción*, § 155 y Anexo RL-144, *European American Investment Bank AG c. República Eslovaca*, Caso CPA No. 2010-17, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 22 de octubre de 2012.

¹⁶³ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 155-156.

¹⁶⁴ *Memorial sobre Jurisdicción*, §§ 173-176. *Réplica sobre Jurisdicción*, § 162.

¹⁶⁵ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 166.

inversionistas indirectos para evitar el aumento exponencial del riesgo de procedimientos paralelos que dicha protección implica¹⁶⁶.

B) La posición del Demandante

205. El Demandante hace hincapié en los “términos extremadamente amplios” utilizados por el Tratado para definir tanto “inversión” como “inversionista” (traducción del Tribunal)¹⁶⁷, lo que conduce a que las inversiones del Sr. Lee-Chin estén protegidas por el “texto claro e inequívoco del Tratado” (traducción del Tribunal)¹⁶⁸. El Demandante cita una serie de decisiones arbitrales en este sentido como apoyo de la interpretación que propone¹⁶⁹.

206. Advierte el Demandante que tan cierto como que no hay ninguna mención expresa de la protección de las inversiones indirectas y de los inversionistas indirectos lo es que tampoco la hay de las inversiones directas y de los inversionistas directos¹⁷⁰. En este contexto, el Demandante rechaza la pretensión de la Demandada de que la mención expresa del término “indirecta” en otros tratados confirma que la intención del Tratado es proteger únicamente a las inversiones directas.¹⁷¹

207. El Demandante afirma que la Demandada tergiversa la naturaleza de la demanda del Sr. Lee-Chin cuando invoca que los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por los daños sufridos por la sociedad en cuyo capital participan¹⁷². En este sentido, el Demandante aclara que él no está reclamando por daños en nombre de Lajun, sino por los daños asociados con la pérdida del valor de su inversión en la República Dominicana. Además, subraya el Demandante, el propio Tratado reconoce expresamente el derecho de los accionistas a iniciar arbitrajes de inversión contra el Estado, al incluir las “acciones ... de compañías” en la definición de las inversiones protegidas.¹⁷³

¹⁶⁶ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 165.

¹⁶⁷ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 79.

¹⁶⁸ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 80.

¹⁶⁹ *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, §§ 115-117. *Dúplica sobre Jurisdicción*, §§ 82-83.

¹⁷⁰ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 81.

¹⁷¹ *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 84.

¹⁷² *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 86.

¹⁷³ *Ibid.*

C) *El análisis del Tribunal*

208. Las Partes coinciden en que las inversiones que el Sr. Lee-Chin detenta en la República Dominicana son indirectas y en que el Sr. Lee-Chin es, por lo tanto, un inversionista indirecto.¹⁷⁴ Estas consideraciones no se ven modificadas por el hecho de que la Demandada califique reiteradamente de “supuestas” a dichas inversiones o de “supuesto inversor” al Demandante, ya que la finalidad de estas calificaciones es manifestar su opinión de que ni aquéllas ni éste están protegidos por el Tratado. La nacionalidad jamaicana del Demandante no resulta controvertida al presente, pese a ciertas expresiones de la Demandada que podrían haber sugerido lo contrario.¹⁷⁵

209. Tampoco existe controversia acerca de la amplitud de la definición “que surge del texto del [T]ratado”, como lo reconoce expresamente la Demandada.¹⁷⁶

210. Concretamente, el Artículo I(1) del Tratado define el término “inversiones” como “todo tipo de activo y, de manera particular pero sin limitación, incluye [...] (b) acciones, capital accionario y pasivos de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías [...]”.

211. El texto citado en el párrafo precedente demuestra la intención de los redactores del Tratado de adoptar una definición abierta de las inversiones cubiertas por él. En términos generales, cabe argüir que los redactores eran libres de reducir el alcance de las inversiones protegidas. El Tribunal no advierte en dicho texto ningún reflejo de una opción de política legislativa restrictiva en ese sentido. Antes al contrario, a la luz de la redacción de la disposición en cuestión, el Tribunal no puede sino concluir que la intención de las Partes Contratantes del Tratado fue precisamente la opuesta. El Tribunal es consciente de la existencia de la máxima interpretativa general según la cual donde el texto no distingue el intérprete no debe distinguir. Máximas similares como *expressio unius est exclusio alterius*, podrían, si bien con alguna diferencia, servir de fundamento al Tribunal para llegar a la misma conclusión.

¹⁷⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 154; *Memorial sobre Jurisdicción*, § 153.

¹⁷⁵ En el *Memorial sobre Jurisdicción*, § 179, la Demandada afirma que “en sus intercambios con órganos y entidades estatales y en sus ingresos migratorios al territorio de la República, el Sr. Michael Lee-Chin siempre se identificó como nacional canadiense, nunca como ciudadano jamaicano”. En rigor, no se niega allí la nacionalidad del Demandante, sino que se le imputa cierta conducta, que no es lo mismo, pese a la lectura de esa aseveración realizada por el Demandante. *Memorial de Contestación sobre Jurisdicción*, § 110.

¹⁷⁶ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 155 y nota 335.

212. En otros términos, el texto no se refiere específicamente a inversiones directas o indirectas, prefiriendo usar la fórmula “sin limitación, incluye”, que es mucho más expresiva. Sobre la base de estos argumentos, el tribunal en *Cemex c. Venezuela* concluyó de manera similar que las inversiones indirectas no estaban excluidas porque ellas no estaban específicamente mencionadas.¹⁷⁷ En razón de la amplitud de la fórmula elegida por los redactores del Tratado, el análisis podría detenerse en este punto. Sin embargo, en atención a que el tema ha sido debatido con cierto detenimiento por las Partes, el Tribunal considera necesario desarrollarlo en los párrafos siguientes.
213. La Demandada dedica una porción considerable de la segunda parte de sus escritos sobre jurisdicción¹⁷⁸ a transcribir toda una serie de tratados de inversiones celebrados por la República en los cuales se incluye una referencia expresa a las inversiones indirectas.
214. El hecho que otros tratados incluyan expresamente dentro de la protección otorgada por ellos a los inversores indirectos y a las inversiones indirectas no es apto por sí solo para probar que el presente Tratado no los incluye.¹⁷⁹ En ausencia de evidencia concreta al respecto, el Tribunal no puede compartir la validez general de la frase destacada por la Demandada del laudo *Berschader c. la Federación Rusa*¹⁸⁰, según el cual “Parecería probable que si las Partes Contratantes hubieran tenido esa intención, habrían previsto expresamente la protección de dichas inversiones indirectas en los términos del Tratado, como es el caso de otros TBIs relevantes concluidos por Bélgica y Luxemburgo” (traducción del Tribunal; texto en inglés: “*It would seem likely that if the Contracting Parties had so intended, they would have expressly provided protection for such indirect investments in the terms of the Treaty, as in the case of the other relevant BITs concluded by Belgium and Luxembourg*”).¹⁸¹
215. En este sentido, el Tribunal hace suyas las palabras del tribunal del caso *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, cuando afirma: “Una interpretación literal del Artículo 1(a)

¹⁷⁷ Anexos RL-75/CL-53, *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre jurisdicción de fecha 30 de diciembre de 2010, §§ 151-158.

¹⁷⁸ La parte en cuestión se denomina “Punto II” en ambos escritos y ocupa aproximadamente el 13% de cada uno de ellos.

¹⁷⁹ *Supra* § 212.

¹⁸⁰ Anexo RL-134, *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. La Federación Rusa*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo de fecha 21 de abril de 2006 (incluye también la Opinión Disidente del Prof. T. Weiler).

¹⁸¹ *Ibid.* § 147, destacado expresamente por la Demandada en *Réplica sobre Jurisdicción*, § 159.

del Tratado emitida por el Tribunal Arbitral, además de estar de acuerdo con las reglas de interpretación de la Convención de Viena, no se ve afectada por el mero hecho de que, en otros tratados, los Estados Contratantes han optado por especificar que las inversiones indirectas estaban protegidas. No se puede inferir ninguna conclusión interpretativa de esta circunstancia para los propósitos de este caso” (traducción del Tribunal; original en inglés: “*A literal interpretation of Article 1(a) of the Treaty handed down by the Arbitral Tribunal, in addition to being in accordance with the rules of interpretation of the Vienna Convention, is not affected by the mere fact that, in other treaties, the Contracting States have chosen to specify that indirect investments were protected. No interpretative conclusion can be inferred from this circumstance for purposes of this case*”)¹⁸².

216. El Tribunal no desconoce que existe un debate en el derecho internacional de las inversiones acerca de la protección de los inversores indirectos y de las inversiones indirectas. Sin embargo, debe notarse que una parte significativa de ese debate ha girado en torno de las demandas presentadas por accionistas minoritarios¹⁸³. En tales supuestos puede darse la paradoja de que un Estado solucione amigablemente una controversia con la dirección de una empresa y que dicho acuerdo se vea de algún modo perturbado por un grupo relativamente pequeño de accionistas. Es sobre todo en los casos de notable dispersión accionaria en los que puede identificarse el riesgo de procedimientos paralelos que invoca la Demandada¹⁸⁴.

217. En nuestro caso, el Sr. Lee-Chin controla la práctica totalidad de la inversión y es difícil, más allá de lo que se pueda pensar acerca de cómo esa inversión ha sido concebida y gestionada – cuestión que ya ha recibido apreciaciones opuestas de las Partes pero que todavía no ha sido discutida en el presente arbitraje –, dudar de que la inversión está estrechamente ligada a su persona. Además, según lo que ha sido invocado, el único accionista minoritario, el cual

¹⁸² Anexo CL-51, *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, Laudo de fecha 18 de enero de 2019, § 197. Ver también *Dúplica sobre Jurisdicción*, § 84.

¹⁸³ Ver, por ejemplo, D. Páez-Salgado, “Settlements in Investor–State Arbitration: Are Minority Shareholders Precluded from Having its Treaty Claims Adjudicated?”, *JIDS*, vol. 8-1, 2017, pp. 101-124. El Tribunal no desconoce que este debate académico ha revivido al socaire de los esfuerzos actuales para la reforma del mecanismo para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Sin embargo, es evidente que el Tribunal debe decidir la controversia concreta que se le ha sometido aplicando el derecho aplicable en la especie.

¹⁸⁴ *Réplica sobre Jurisdicción*, § 165, citando al Anexo RL-260, K. Yannaca-Small, “Parallel Proceedings”, *Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, pp. 1011-1012.

detentaría el 10% de las acciones de Lajun, es señalado como de nacionalidad dominicana¹⁸⁵, lo cual lo excluiría de cualquier reclamación contra la República en los términos del Tratado.

218. Con respecto a la doctrina que impide a los accionistas reclamar por los daños sufridos por las compañías de cuyo capital participan¹⁸⁶, debe señalarse que esa no es la situación contemplada en el presente arbitraje. El Demandante en este caso es el Sr. Lee-Chin, quien reclama en nombre propio por la pérdida del valor de sus inversiones en la República producida, según sus alegaciones, por la violación de una serie de obligaciones establecidas en el Tratado en que la República habría incurrido¹⁸⁷. El Tribunal nota que en los casos ante la Corte Internacional de Justicia citados por la Demandada lo que se discute es la protección diplomática y la propia Corte ha marcado las distancias entre esta cuestión y la que se refiere a los reclamos de los accionistas¹⁸⁸. Lo que está en cuestión en nuestro caso no es la protección diplomática. La Demandada no contextualiza debidamente los argumentos de la Corte, los cuales se limitan, en cualquier caso, al derecho internacional consuetudinario. La Demandada simplemente afirma que el Tratado no deroga dichos principios consuetudinarios, sin aportar ninguna prueba en apoyo de tal argumento. En este sentido, el Tribunal concuerda con otros tribunales acerca de la importancia de distinguir casos relativos a la protección diplomática bajo derecho internacional consuetudinario y casos referidos al alcance de la protección de las inversiones bajo un tratado que regula la protección de las inversiones (como el presente caso).¹⁸⁹.

¹⁸⁵ *Supra*, § 199.

¹⁸⁶ *Memorial sobre Jurisdicción*, § 176.

¹⁸⁷ *Escrito de Demanda*, § 353.

¹⁸⁸ Así, en el caso (invocado por la Demandada) aportado como Anexo RL-176, *Abmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Corte Internacional de Justicia, Decisión sobre Objeciones Preliminares de fecha 24 de mayo de 2007, *ICJ Reports 2007*, p. 582, § 88, se lee: “*The Court is bound to note that, in contemporary international law, the protection of the rights of companies and the rights of their shareholders, and the settlement of the associated disputes, are essentially governed by bilateral or multilateral agreements for the protection of foreign investments, such as the treaties for the promotion and protection of foreign investments, and the Washington Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which created an International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), and also by contracts between States and foreign investors. In that context, the role of diplomatic protection somewhat faded, as in practice recourse is only made to it in rare cases where treaty regimes do not exist or have proved inoperative*” (énfasis añadido). Ver también, K. Yannaca-Small, “Who is entitled to Claim: The Definition of Nationality in Investment Arbitration”, in K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under international investment agreements: A Guide to the Key Issues*, OUP, 2018, § 10.28.

¹⁸⁹ Anexo CL-51, *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, Laudo de fecha 18 de enero de 2019, § 203; Anexos CL-52/RL-158, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/08, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 3 de agosto de 2004, § 141.

219. Sobre la base de los argumentos precedentes, el Tribunal considera que el Tratado se aplica a las inversiones del Demandante en la República Dominicana y al Sr. Lee-Chin en cuanto inversor de uno de los Estados vinculados por el Tratado (Jamaica).

VII. COSTAS

220. Ambas Partes solicitaron una decisión sobre las costas y presentaron sus declaraciones respectivas. La Declaración de Costas del Demandante fue presentada el 20 de abril de 2020 y la Declaración de Costas de la Demandada fue sometida el 15 de mayo de 2020.

221. El Tribunal reserva todas las cuestiones relativas a las costas para una etapa ulterior.

VIII. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

222. Por todas las razones expuestas, el Tribunal decide lo siguiente:

- (i) declarar que la presente controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Tribunal;
- (ii) rechazar las objeciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada;
- (iii) proseguir con la sustanciación del procedimiento arbitral según el calendario que se fijará en consulta con las Partes a partir de lo dispuesto en la Opción I del Calendario Procesal (Anexo A Revisado¹⁹⁰ de la Resolución Procesal No. 1);
- (iv) diferir la adopción de la resolución sobre las costas.

¹⁹⁰ A fecha de 5 de noviembre de 2018.



Sr. Christian Leathley
Árbitro

Fecha: July 9, 2020

Prof. Marcelo Kohen
Árbitro

Sujeto a la Opinión Disidente Adjunta

Fecha:

Prof. Diego P. Fernández Arroyo
Presidente del Tribunal

Fecha:

Sr. Christian Leathley
Árbitro

Fecha:



Prof. Marcelo Kohen
Árbitro

Sujeto a la Opinión Disidente Adjunta

Fecha: 10 de julio de 2020

Prof. Diego P. Fernández Arroyo
Presidente del Tribunal

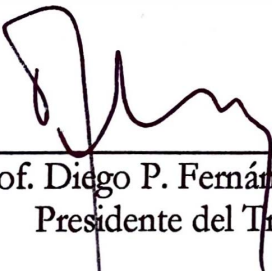
Fecha:

Sr. Christian Leathley
Árbitro

Fecha:

Prof. Marcelo Kohen
Árbitro
Sujeto a la Opinión Disidente Adjunta

Fecha:



Prof. Diego P. Fernández Arroyo
Presidente del Tribunal

Fecha: 9 de julio de 2020

**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.



Profesor Marcelo G. Kohen

Fecha: 10 de julio de 2020

⁸⁹ Laudo Parcial, par. 119.