

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.**

Venoklim Holding B.V.
Demandante

c.

República Bolivariana de Venezuela
Demandada

Caso CIADI No. ARB/12/22

OPINIÓN CONCURRENTE Y DISIDENTE

Enrique Gómez Pinzón

3 de abril de 2015

OPINIÓN CONCURRENTENTE Y DISIDENTE

1. Independiente de la profunda admiración y respeto que tengo por mis estimados colegas del panel arbitral, he decidido preparar la presente opinión concurrente y disidente ya que discrepo en la interpretación y aplicación que mis co-árbitros (la “Mayoría” o el “Tribunal”) le han dado a ciertos principios de derecho internacional y no concuerdo con varias conclusiones adoptadas por el Tribunal en el Laudo.¹
2. Específicamente disiento de lo resuelto por la Mayoría en cuanto a la Cuarta Objeción a la Jurisdicción; y, si bien concuerdo con la conclusión de la Mayoría respecto a la Quinta Objeción a la Jurisdicción, discrepo del razonamiento utilizado por ella.
3. Siguiendo la estructura del Laudo, me referiré primero a la Quinta Objeción a la Jurisdicción.

A. Quinta Objeción a la Jurisdicción: "Agregar una Nueva Base de Jurisdicción en esta Etapa del Procedimiento es Violatorio de Reglas Esenciales del Procedimiento".

4. Coincido con la Mayoría en cuanto a que en el presente caso no existe violación de las reglas esenciales del procedimiento CIADI, pero difiero en el razonamiento utilizado para llegar a dicha conclusión.
5. El Tribunal manifiesta en el Laudo que “*Venoklim podía modificar, completar y desarrollar la demanda que inició con la Solicitud, siempre y cuando lo hiciera dentro de los límites del consentimiento definidos en la Solicitud y en la oferta de arbitraje, según lo requiere la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI*”.² Lo anterior, en respuesta a la posición de la Demandada, según la cual de conformidad con el Artículo 36 del Convenio CIADI y la Regla 2 de las Reglas de Iniciación, la Solicitud debe contener todos los elementos necesarios para fundamentar la jurisdicción del CIADI; por lo que el Tratado holandés, al no haber sido señalado expresamente ni acompañado en la Solicitud, no puede ser estudiado por el Tribunal, pues se estaría aceptando una nueva base de la jurisdicción y violándose las normas de procedimiento.³
6. En mi opinión, la referencia a la Regla 40(1) de las Reglas de Arbitraje no es adecuada pues el objeto de la misma es brindar a las partes la posibilidad de interponer una pretensión “*incidental o adicional*” siempre que, entre otros requisitos, ésta se mantenga dentro de los “*límites del consentimiento de las partes*”. Cualquier manifestación del consentimiento posterior a la fecha de inicio del arbitraje, debe distinguirse de una reconvencción o demanda incidental, toda vez que el alcance del consentimiento inicial, una vez perfeccionado, no puede

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

² Laudo, ¶ 124.

³ Ver, Réplica, ¶¶ 98-117. Laudo, ¶¶ 19, 115-116.

ser ampliado unilateralmente. Por lo anterior, no cabe hacer referencia a una norma que permite la ampliación de pretensiones de forma unilateral, pues esto sugiere que el consentimiento inicial se estaría ampliando de esa misma forma.⁴

7. La referencia a la Regla 40(1) de las Reglas de Arbitraje, causa también confusión respecto a la fecha efectiva del consentimiento. La aceptación de una oferta de arbitraje contenida en un tratado debe darse antes o con la presentación de la solicitud de arbitraje,⁵ pero no después. Si bien es posible que la intención de la Mayoría al aplicar dicho artículo sea declarar que la Demandante tenía derecho a explicar y aportar pruebas respecto a la validez del consentimiento otorgado por la aceptación de la oferta de Venezuela al arbitraje CIADI, la explicación del Tribunal genera confusión sobre cuál es en últimas la fecha del consentimiento.⁶
8. Ahora bien, independientemente de las precisiones anteriores era tarea del Tribunal, en aplicación del artículo 41 del Convenio, resolver las cuestiones presentadas en las que no es clara la validez o el alcance del consentimiento otorgado.⁷ Si bien es obligación de la Secretaria General del CIADI (“Secretariado”) verificar que la falta de consentimiento de las partes no sea manifiesta y que exista un documento escrito que refleje dicho consentimiento, esa facultad es sin perjuicio de los poderes del Tribunal para decidir sobre su propia jurisdicción.⁸ De hecho, la función del Secretariado se rige, a efectos del registro de la solicitud de arbitraje, por las Reglas de Iniciación, las cuales son aplicables sólo hasta la notificación del acto de registro de la solicitud a las partes.⁹
9. El Tribunal debe decidir sobre su propia jurisdicción, para lo cual debe comenzar definiendo si las expresiones de consentimiento de las partes forman un acuerdo de arbitraje y cuál es su alcance. En el caso de Venezuela, su expresión de consentimiento se encuentra en el Tratado holandés;¹⁰ por su parte, Venoklim expresó su consentimiento mediante la interposición de la Solicitud. Para interpretar el consentimiento mutuo de las partes, son útiles los principios

⁴ La Mayoría reconoce que no existió una ampliación del consentimiento sino que se desarrolló la única manifestación aducida al comienzo. *Ver*, Laudo, ¶ 126.

⁵ *Ver*, Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Second Edition, Oxford University Press 2012, p. 258 (“*It is established practice that an investor may accept an offer of consent contained in a BIT by instituting ICSID proceedings*”).

⁶ La fecha del consentimiento es vital para la determinación de la nacionalidad del inversionista bajo el artículo 25(2)(b) del Convenio, el cual en el caso de inversionistas que son personas jurídicas, requiere que a la fecha del consentimiento este tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia. *Ver*, Schreuer Christoph, “Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, Module 2.3, ICSID: Consent to Arbitration”, United Nations, 2003 (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2), pp. 25-26.

⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁸ *Ver*, Regla 7(e) de las Reglas de Iniciación del CIADI.

⁹ Reglas de Iniciación, Preámbulo: “*Las Reglas de Iniciación se aplican sólo al período que comienza con la presentación de una solicitud y termina con el envío de la notificación del acto de registro. Todas las actuaciones posteriores se rigen por las Reglas de Conciliación y de Arbitraje.*”

¹⁰ *Ver*, Artículo 9 del Tratado holandés.

generales de interpretación de los contratos.¹¹ Como parte de estos principios generales, debe indagarse sobre la intención real y común de las partes, para lo cual debe hacerse un análisis del texto de los instrumentos de consentimiento, teniendo en cuenta los principios de confianza y buena fe.

10. Es claro y no se discute que el artículo 9(4) del Tratado holandés contiene una oferta *incondicional* de consentimiento al arbitraje CIADI por parte de Venezuela, para aquellos inversionistas que califiquen como nacionales holandeses bajo dicho instrumento.¹² Por lo tanto, el punto clave en el presente caso consiste en determinar si Venoklim aceptó esa oferta, formando así un acuerdo de arbitraje, y cuál sería el alcance de dicha aceptación.
11. Como quedó señalado, Venoklim expresó su consentimiento a someterse a la jurisdicción de un tribunal CIADI mediante la *interposición* de la Solicitud. Por lo tanto, debe indagarse la intención de Venoklim detrás de dicha actuación y el contenido textual o gramatical de ese instrumento. La actuación (interposición de la Solicitud) *per se*, evidencia una clara intención de resolver una disputa con Venezuela mediante un arbitraje CIADI. Por lo anterior, resulta de vital importancia el análisis del texto de la Solicitud y de las actuaciones de Venoklim.
12. En la Solicitud, Venoklim no especificó si estaba consintiendo al arbitraje internacional ofrecido por Venezuela mediante el Tratado holandés. El consentimiento en la Solicitud se presenta en términos amplios y generales, haciéndose mención a la existencia de una disputa con Venezuela en relación con una expropiación,¹³ y, manifestando “*su consentimiento respecto al procedimiento arbitral ante el CIADI.*” (Énfasis añadido).¹⁴ En adición a lo anterior, la Solicitud hace referencia expresa al artículo 22 de la Ley de Inversiones, el cual es

¹¹ Ver, Gary B. Born, “International Commercial Arbitration”, Second Edition, Kluwer Law International 2014, p. 1320 (“*It is almost uniformly held or assumed that generally-applicable rules of contract construction apply to the interpretation of international arbitration agreements. Arbitral Tribunals routinely refer to general canons of contract interpretation, often not derived from any single national legal system, in determining the meaning and scope of arbitration agreements.*”).

¹² Ver, Tratado holandés, Art. 9(4): “*Cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este Artículo.*” A su vez, el Art. 9(1) establece que las “*controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión*”.

¹³ En la página 2 de la Solicitud, Venoklim señala que el procedimiento se instaura: “[P]ara que previos los trámites que correspondan, se resuelva la controversia existente entre la República Bolivariana de Venezuela y VENOKLIM HOLDING B.V. (Netherlands) originada en la expropiación impartida con ocasión a lo dispuesto en el Decreto No. 7.712, dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.” Más adelante, en la página 4, se señala: “*el inversionista al otorgar el poder para actuar y presentar la solicitud, ha manifestado y manifiesta, de manera expresa, también su consentimiento respecto al procedimiento arbitral ante el CIADI*” (Énfasis añadido). El poder que acompaña la Solicitud, otorgado por Venoklim, también contiene términos generales similares a los antes mencionados, indicando que el mismo se otorga para que los abogados representen a Venoklim: “*en el proceso de Conciliación y/o arbitraje que promoverá la sociedad en contra de la República Bolivariana de Venezuela, como consecuencia de la expropiación directa de su inversión.*” (Énfasis añadido)

¹⁴ Ver, Solicitud, p. 4.

calificado como "*consentimiento general de Ley*" otorgado por Venezuela.¹⁵ Así, el artículo 22 de la Ley de Inversiones constituye el único elemento expreso de la Solicitud que se refiere a la posible oferta de arbitraje de Venezuela y que Venoklim estaría aceptando. Por lo tanto, resulta necesario estudiar el contenido de dicho artículo para determinar las implicaciones de la aceptación del mismo por parte de Venoklim.

13. En línea con lo anterior, coincido con el Tribunal en que el propósito del Artículo 22 de la Ley de Inversiones "*fue el de ratificar las obligaciones y las ofertas de arbitraje internacional, incluyendo el del CIADI, que Venezuela hubiera hecho en otros instrumentos legales, particularmente en tratados de promoción y protección de inversiones, como ocurre en este caso*".¹⁶ Esta interpretación ha sido expuesta por Venezuela en varios arbitrajes ante el CIADI y ha sido ratificada por los correspondientes tribunales arbitrales.¹⁷ En tal sentido, la aplicación de los principios de confianza y buena fe hacen presumir que la referencia que se hizo en la Solicitud al artículo 22 de la Ley de Inversiones (entendido como una ratificación de los tratados allí mencionados, sin modificarlos en su contenido), constituyó una aceptación implícita de la oferta de arbitraje de cualquier tratado que resultara aplicable al momento de interponer la Solicitud.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Laudo, ¶102.

¹⁷ Ver, Memorial de Objeciones, ¶¶ 25, 26. Ver también: *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex 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*, en dónde Venezuela afirmó que "[l]a función del Artículo 22 no es establecer nuevos derechos para los inversionistas internacionales, sino reconocer y confirmar los compromisos de la República para someter las controversias al arbitraje internacional de conformidad con sus obligaciones en virtud del tratado". (Apéndice RL-4, *Cemex c. Venezuela*, ¶ 106). Según el criterio del Tribunal en *Cemex*, el referido artículo 22 "*recuerda y confirma esos compromisos existentes [refiriéndose a los tratados bilaterales]*". (*Ibid.*, ¶ 115). Igualmente el Tribunal en *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre jurisdicción de fecha 8 de febrero de 2013*, señala que Venezuela afirmó como parte de sus argumentos que "*el propósito del artículo 22 es el de reconocer los compromisos internacionales existentes y, de ese modo, evitar la tergiversación, propósito que cumplen otros artículos del mismo estatuto (...)*". (Apéndice RL-6, *Tidewater Inc y otros c. Venezuela*, ¶ 35). De forma similar, el Tribunal en *Brandes Investment Partners, LP. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/08/3, Laudo de fecha 2 de agosto de 2011*, señala que Venezuela afirmó que el artículo 22 de la Ley de Inversiones "*recognized the obligations undertaken under the existing treaties but did not create a new obligation and, therefore, does not constitute an open consent to ICSID arbitration.*" (Apéndice RL-5, *Brandes c. Venezuela*, ¶ 53). Según el Tribunal en *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, Venezuela afirmó que "el Artículo 22 tiene un propósito útil al enfatizar que Venezuela pretendía cumplir todos y cada uno de sus compromisos internacionales existentes que había aceptado con relación al arbitraje internacional". Esta afirmación era importante en el contexto de "la hostilidad tradicional venezolana hacia el arbitraje internacional". *ConocoPhillips c. Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre jurisdicción y fondo de fecha 3 de septiembre de 2013*, ¶ 242. A criterio de ese mismo Tribunal "*dado su amplio alcance y su naturaleza general, el Decreto de 1999 no es el tipo de ley a la que a todas sus disposiciones se les asignen necesariamente efectos jurídicos independientes. En ese aspecto, difiere de instrumentos legales de propósito único como las declaraciones que aceptan la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en virtud del Artículo 36(2) de su Estatuto. En este sentido, con relación a la cuestión de la interpretación efectiva, el Tribunal coincide con las alegaciones realizadas por la Demandada*". *Ibid.*, ¶ 260.*

14. Aun cuando del texto de la Solicitud no es posible determinar con certeza que Venoklim estaba aceptando específicamente la oferta del Tratado holandés, era claramente presumible. En efecto, siendo Venoklim una sociedad incorporada en Holanda y la Demandada la República Bolivariana de Venezuela, resultaba presumible, de buena fe y sin incurrir en interpretaciones extensivas,¹⁸ que el consentimiento expresado en la Solicitud en términos amplios y generales, incluía al tratado de inversiones entre Venezuela y Holanda.¹⁹
15. Así, teniendo en cuenta la función básica del artículo 22 de la Ley de Inversiones (reconocer y ratificar las obligaciones establecidas en otros tratados) y lo presumible que resultaba la aceptación del Tratado holandés, la posterior mención por parte de Venoklim sobre la aplicación de dicho tratado²⁰ debe ser aceptada como una *aclaratoria* de buena fe. Cabe destacar que tal aclaración fue hecha por Venoklim en la primera oportunidad luego de iniciada la discusión sobre el tema.²¹
16. Si bien la aceptación del inversionista a una oferta en un tratado sólo puede ser dada dentro de los límites de tal oferta, debe tenerse en cuenta que ni el Convenio CIADI, ni el Tratado holandés establecen otras formalidades en cuanto a la forma de otorgar consentimiento, además de que este sea por escrito²² y, que la solicitud de someterse a la jurisdicción del CIADI sea hecha por un nacional de una Parte Contratante del Tratado holandés.²³ En consecuencia, dentro de tales parámetros, las partes tienen flexibilidad en cuanto a los términos y forma de aceptación.²⁴
17. Tales coincidencias hacen presumir que Venoklim no tuvo la intención de excluir la aplicación del Tratado holandés, y al contrario, pretendía hacer uso de las protecciones y mecanismos allí establecidos. Por consiguiente, sin desconocer la problemática generada por la falta de especificidad en la Solicitud, no se consiguen elementos que permitan descartar la buena fe de

¹⁸ Ver, Peter Muchlinski; Federico Ortino; Christoph Schreuer, “*The Oxford Handbook of International Investment Law*”, Oxford University Press, 2008, p. 863. (El mismo criterio de interpretación balanceada (evitando interpretaciones extensivas o restrictivas) resulta aplicable a la luz del consentimiento otorgado por el inversionista).

¹⁹ Nótese que la interpretación de la Demandante sobre el artículo 22 de la Ley de Inversiones difiere de la que se le ha otorgado en esta opinión disidente y concurrente. Según la Demandante dicho artículo “*contiene un consentimiento general determinado o determinable. (...) No indeterminado, no para cualquiera*” (p. 112 de la transcripción de la audiencia sobre jurisdicción del 26 de marzo de 2014). Sin embargo, a pesar de las diferencias en la interpretación del artículo bajo estudio, resulta claro que la intención de Venoklim al interponer la Solicitud era aceptar la oferta del Tratado holandés.

²⁰ Ver, Contestación, p. 6.

²¹ *Ibid.*

²² Ver, L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby, “*Guide To ICSID Arbitration*”, Kluwer Law International, Second Edition, 2011, pp. 35-36, indicando que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI debe ser por escrito pero que puede tomar varias formas.

²³ Tratado holandés, Art. 9(1). Sobre el mecanismo básico para el consentimiento a través de un tratado bilateral Ver Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, Op. Cit., p. 257 (“*the states parties to the BIT offer consent to arbitration to investors who are nationals of the other contracting party. The arbitration agreement is perfected to the acceptance of that offer by an eligible investor*”).

²⁴ Ver, Schreuer Christoph, op. cit. (nota al pie de página 6), p. 15.

la Demandante al afirmar que su intención al interponer la Solicitud fue aceptar la oferta del Tratado holandés. En virtud de lo anterior, considero que en el presente caso se perfeccionó un pacto arbitral válido, cuyo alcance lo definen los propios términos de dicho tratado.

B. Cuarta Objeción a la Jurisdicción: "La Demandante No es Una Inversionista Internacional".

1. No es Procedente Analizar el Concepto de Inversionista Internacional bajo la Ley de Inversiones.

18. Difiero en el análisis y la conclusión de la Mayoría en relación con la cuarta objeción a la jurisdicción. La Mayoría se equivoca al afirmar que “[p]ara que Venoklim pueda beneficiarse del Artículo 9 del Tratado holandés, gracias a la remisión que hace el Artículo 22 de la Ley de Inversiones, debe probar que cumple con los requisitos previstos en dicho Artículo 22, particularmente el relativo a su nacionalidad”²⁵ porque el Tratado holandés “por sí solo, no refleja el consentimiento de la República al presente arbitraje”.²⁶ En mi opinión el artículo 9 del Tratado holandés es una fuente de consentimiento de Venezuela que debe regirse por los términos allí establecidos.
19. El artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituye *per se* una oferta ni otorga beneficios a inversionistas extranjeros. En el mismo Laudo se afirma que: “este Tribunal concluye que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no contiene el consentimiento autónomo de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.”²⁷ Por lo tanto, no pareciera correcto afirmar que Venoklim debe cumplir con los requisitos de ese artículo. Tal como señalé anteriormente, la única función del artículo 22 es ratificar los compromisos de arbitraje asumidos por la República, en los términos de los correspondientes tratados de inversiones. Así, ya que la Ley de Inversiones no especifica requisitos adicionales que deban cumplirse para que pueda darse paso a la aplicación del Tratado holandés, no resulta lógico afirmar que para aplicar dicho tratado es menester analizar primero si se califica como inversionista bajo la Ley de Inversiones. Esto da lugar a la creación de una “condición previa” no establecida ni en la Ley de Inversiones ni en el Tratado holandés.
20. Consecuentemente, la nacionalidad de la Demandante debió ser analizada bajo el Tratado holandés (como instrumento de consentimiento)²⁸ y el Convenio CIADI, sin someter al inversionista a requisitos adicionales.

²⁵ Laudo, ¶ 129.

²⁶ Laudo, ¶ 137.

²⁷ Laudo, ¶ 111.

²⁸ Ver, Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, Op. Cit., p. 263 (“*The question on jurisdiction is governed by its own system which is defined by the instrument determining jurisdiction.*”). Ver también, Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, “*International Investment Arbitration: Substantive Principles*”, Oxford University Press 2008, p. 66, ¶ 3.66 (“BITs, as treaties, ‘must be interpreted according to the Law of Nations, and not according to any municipal code.’ The substantive law applied in a treaty arbitration is the treaty itself. The applicable law for the interpretation of the treaty is international law.”)

21. Ahora bien, vista la complejidad del presente caso, aun si se aceptara la opinión de la Mayoría según la cual la definición de inversionista internacional contenida en la Ley de Inversiones funciona como un requisito previo para acceder al Tratado holandés, la Mayoría se equivoca al analizar la correspondiente definición.
22. Para determinar si Venoklim califica como inversionista internacional bajo la Ley de Inversiones, la Mayoría se limita a analizar las definiciones contenidas en el artículo 3 de la misma ley. Así, la Mayoría indica que de acuerdo al texto de los artículos 3(2) y 3(4) de la Ley de Inversiones,²⁹ para considerar a una persona jurídica como inversionista extranjero, la ley sólo toma en cuenta la “propiedad” o el “control” que tal persona ejerce sobre la inversión.³⁰ Seguidamente se afirma que el Tribunal sólo debe analizar el criterio de control debido a que la Ley de Inversiones no toma en cuenta el lugar de incorporación y las Partes no discutieron el criterio de la ‘propiedad’.³¹ Sin embargo, la Mayoría omite analizar el Reglamento de la Ley de Inversiones³² a pesar de que el Parágrafo Único del artículo 3 de la Ley de Inversiones establece que “las condiciones en las cuales se considerará que una inversión es propiedad de, y es controlada efectivamente por una persona natural o jurídica venezolana o extranjera” se establecen en el Reglamento de la Ley de Inversiones.
23. Es cierto que la propiedad de Venoklim sobre las compañías sujeto del presente arbitraje no fue objeto de controversia entre las partes. En la Solicitud, Venoklim demostró ser propietario directo de cuatro de las cinco compañías expropiadas.³³ Propiedad que fue confirmada también por Venezuela en su Memorial de Objeciones.³⁴ De hecho, la Mayoría reconoce la nacionalidad holandesa de Venoklim³⁵ y su derecho de propiedad sobre las empresas expropiadas al incluir en el Laudo un cuadro detallado con todas las empresas en las cuales Venoklim posee acciones.³⁶ Por lo tanto, la Mayoría incurre en un error al descartar el criterio de propiedad en el presente arbitraje argumentando que no fue discutido por las Partes, pues de los documentos del caso se desprende que la razón por la cual las partes no discutieron el tema en detalle es porque no existía una disputa entre ellas respecto a la legalidad de la propiedad de Venoklim.

²⁹ Ver, Laudo, ¶ 141: “Artículo 3(2), *Inversión internacional: La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. Artículo 3(4), Inversionista internacional: El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle.*”

³⁰ Ver, Laudo, ¶ 142.

³¹ *Ibid.*

³² Ver, Apéndice RL-26, Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Decreto Número 1867, publicado en la Gaceta Oficial No. 37.489 el 22 de julio de 2002 (“Reglamento de la Ley de Inversiones”).

³³ Ver, Solicitud, Anexo No. 10, Documentos de Registro Mercantil en los que se observa que Venoklim es propietaria de las acciones de las siguientes empresas: Lubricantes Venoco Internacional, C.A., Química Venoco, C.A., Servicios Técnico Administrativos Venoco, C.A., C.A. Nacional de Grasas Lubricantes (CANGL).

³⁴ Ver, Memorial de Objeciones, pp. 24 y 25.

³⁵ Ver, Laudo, ¶ 144.

³⁶ Ver, Laudo, ¶ 147.

24. Como mínimo, para sustentar su posición, la Mayoría debió haber analizado los criterios de propiedad y control conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Inversiones. El análisis de la existencia de control era necesario pues ADINOVEN, no es propiedad directa de Venoklim.³⁷ Sin embargo, este análisis fue realizado por la Mayoría en relación a todas las empresas supuestamente afectadas por la expropiación, sin aplicar los criterios del Reglamento de la Ley de Inversiones (cuyos artículos proporcionan diferentes criterios para establecer si una inversión es de propiedad de inversionistas venezolanos, controlada efectivamente por inversionistas venezolanos o de propiedad de inversionistas internacionales), concluyendo que Venoklim, a pesar de ser una sociedad holandesa, se encuentra final y efectivamente controlada por Inversora Petroklím, C.A., empresa incorporada en Venezuela y propiedad de nacionales venezolanos. De acuerdo a la Mayoría, esta última empresa ejerce el control efectivo de todas las otras empresas objeto del presente arbitraje.
25. A pesar de lo señalado en los párrafos anteriores, reitero que la interpretación de la Ley de Inversiones no puede conducir a establecer requisitos distintos a los establecidos en la misma ley y en los tratados que ratifica.

2. La Mayoría debió Analizar si Existía Jurisdicción bajo el Tratado Holandés.

26. Para acceder a la protección del Tratado holandés deben cumplirse con tres requisitos: (i) poseer la nacionalidad de una parte contratante, (ii) existencia de una inversión, y (iii) violación de una de las obligaciones protegidas por el tratado.
27. La existencia de una inversión no fue objetada por la Demandada. En el presente caso la inversión de Venoklim estaría representada por sus acciones en las compañías supuestamente expropiadas.³⁸ Venezuela, sin embargo, argumentó que la Demandante no había precisado cuales eran las supuestas violaciones al Tratado holandés que originaban la controversia.³⁹ Al respecto la Demandante manifestó que el incumplimiento de las obligaciones en el tratado requería ser analizada en la fase sobre los méritos.⁴⁰
28. Sin perjuicio de la necesidad de un análisis profundo, es claro de los escritos de ambas partes que la controversia versa sobre la supuesta expropiación de activos de la Demandante ordenada mediante Decreto No. 7712 del 10 de octubre de 2010.⁴¹ La expropiación se encuentra cubierta en el Artículo 6 del Tratado holandés. Por lo tanto, al menos *prima facie*, existe una disputa

³⁷ Venoklim es propietaria del 100% de las acciones de Lubricantes Venoco y esta última es la propietaria del 100% de las acciones de ADINOVEN.

³⁸ Tratado holandés, Artículo 1: *A los fines del presente Convenio: a) El término “inversiones” comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva: i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos in rem sobre toda tipo de activo; ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas (...)*

³⁹ Ver, Réplica ¶¶ 96, 107, 109, y 111.

⁴⁰ Ver, Dúplica, ¶¶ 107-108

⁴¹ Ver, Solicitud, Anexo 1 y Memorial de Objeciones, Apéndice RL-1.

entre las partes respecto a la existencia y legalidad de la expropiación de bienes de la Demandante, la cual ameritaba ser analizada bajo las condiciones establecidas en el Artículo 6 del Tratado holandés.

29. En cuanto al requisito de nacionalidad bajo el Tratado holandés, el Artículo 1 (b) del mismo, establece lo siguiente:

“Artículo 1

A los fines del presente Convenio:

- b) El término “nacionales” comprenderá, en relación a cualquiera de las Partes Contratantes:
- i) personas naturales que tienen la nacionalidad de dicha Parte Contratante;
 - ii) personas jurídicas constituidas bajo las leyes de dicha Parte Contratante;
 - iii) personas jurídicas no constituidas bajo las leyes de dicha Parte Contratante pero controladas en forma directa o indirecta por personas naturales definidas en (i) o personas jurídicas definidas en (ii) anteriores.”

30. Venoklim es una persona jurídica legalmente constituida en los Países Bajos el 25 de julio de 2006, con sede en Amsterdam.⁴² Lo anterior no es refutado por la Demandada⁴³ y es confirmado por la Mayoría en el Laudo.⁴⁴ Venoklim es accionista mayoritaria de las siguientes compañías Venezolanas: (i) Servicios Venoco desde el 17 de agosto de 2006; (ii) CANGL desde el 12 de diciembre de 2006; (iii) Química Venoco desde el 17 de agosto de 2006; y, (iv) Lubricantes Venoco desde el 17 de agosto del 2006, esta última es a su vez la única accionista de (v) ADINOVEN desde el 29 de julio de 2005.⁴⁵

31. De la interpretación del Artículo 1 (b)(ii) del Tratado holandés, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus propios términos, no hay duda de que Venoklim es una sociedad incorporada y existente conforme a las leyes de los Países Bajos. Cabe también destacar que las fechas en las cuales Venoklim adquirió la calidad de accionista mayoritaria de las compañías arriba mencionadas preceden con varios años a la fecha en que se presentó la Solicitud.

32. Discrepo también con el análisis que la Mayoría hace del artículo 25 del Convenio al señalar que “[p]retender que se considere como una inversión extranjera la efectuada por Venoklim por el solo hecho de ser esta una compañía incorporada en los Países Bajos, aunque la inversión objeto de la disputa sea en definitiva propiedad de personas jurídicas venezolanas,

⁴² Ver, Solicitud, Anexo 8, Versión en inglés de Escritura de Incorporación y Extracto del Registro Comercial (Chamber of Commerce for Oost Nederland).

⁴³ Ver, Objeciones, ¶¶ 49-50

⁴⁴ Ver, Laudo, ¶144.

⁴⁵ Ver, Solicitud, Anexo 10, Libros de Acciones y Accionistas.

sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI.”

33. Es cierto que no es la intención del Convenio ni del Tratado holandés permitir que nacionales de un Estado Contratante puedan iniciar procedimientos de arbitraje en contra de su propio Estado. Sin embargo, como bien lo indica la Mayoría, el Convenio no incluye una definición sobre la nacionalidad de personas jurídicas.⁴⁶ Lo anterior atiende a la finalidad de dar a las partes amplitud para elegir los criterios para determinar la nacionalidad,⁴⁷ lo cual se acentúa aún más en el caso de un tratado internacional celebrado de mutuo acuerdo.
34. La Mayoría, en cambio, revive el criterio de realidad sobre las formas. Dicho criterio fue particularmente desarrollado en la opinión disidente del Profesor Prosper Weil en *Tokios Tokeles c. Ucrania*, sin haber sido acogido por ningún otro Tribunal CIADI, a pesar de haber sido discutido en varias oportunidades.⁴⁸
35. Las decisiones de los tribunales CIADI no crean precedentes y por tanto, la Mayoría tenía plena libertad de apartarse del criterio claramente predominante, como en efecto lo hizo. Más allá de que la opinión disidente del Profesor Weil no ha sido aceptada por otros tribunales, no comparto el razonamiento utilizado en la misma porque se basa en lo que según el árbitro las partes debieron haber acordado, sin realmente tener en cuenta lo que las partes efectivamente acordaron en el tratado respectivo. La Mayoría también se equivoca al interpretar el objetivo general del Convenio CIADI. No cabe duda que tal objetivo es “*estimular las inversiones privadas internacionales*”; sin embargo, el mismo Convenio permite que las partes definan el concepto de nacionalidad de la forma que lo consideren conveniente, con lo cual no existe un criterio único que determine cuándo una inversión es internacional. Los Estados tienen plena autonomía para definir quiénes son considerados nacionales y a qué efectos (por nacimiento, vínculo sanguíneo, estadía en el territorio, etc.). En el presente caso, Venezuela y Holanda acordaron que para efectos de la protección de inversiones uno de los criterios que podía definir

⁴⁶ Ver, Laudo, ¶153.

⁴⁷ Ver, Apéndice RL-27, *Tokios Tokeles c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de abril de 2004, ¶¶ 24, 38 y 39. (“*The Convention does not define the method for determining the nationality of juridical entities, leaving this task to the reasonable discretion of the Contracting Parties.*” “[U]nder the terms of the Ukraine-Lithuania BIT, interpreted according to their ordinary meaning, in their context, and in light of the object and purpose of the Treaty, the only relevant consideration is whether the Claimant is established under the laws of Lithuania. We find that it is. Thus, the Claimant is an investor of Lithuania under Article 1(2)(b) of the BIT. [...] We reach this conclusion based on the consent of the Contracting Parties, as expressed in the Ukraine-Lithuania BIT. We emphasize here that Contracting Parties are free to define their consent to jurisdiction in terms that are broad or narrow; they may employ a control-test or reserve the right to deny treaty protection to claimants who otherwise would have recourse under the BIT. Once that consent is defined, however, tribunals should give effect to it, unless doing so would allow the Convention to be used for purposes for which it clearly was not intended.”

⁴⁸ Ver, por ejemplo, *ADC Affiliate Limited and ADC & Management Limited v. Republic of Hungary* (Caso CIADI No. ARB/03/16), Laudo del 2 de octubre de 2006.

la nacionalidad de un inversionista era el lugar de incorporación. No corresponde al Tribunal cuestionar esa decisión y redefinir los términos del Tratado holandés.

36. Al respecto el Tribunal de *Saluka c. Czech Republic*, estuvo en lo correcto al afirmar que:

*“The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of “investor” other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.”*⁴⁹

37. En palabras del Profesor Schreuer:

*“Therefore, ICSID practice repeatedly confirms that in the absence of a definition of nationality in a treaty or law imposing further, more substantial connections than mere incorporation or seat, it is both permissible and to be expected that investors will structure their investments in order to avail themselves of treaty protection and, thus, the right to submit disputes to ICSID.”*⁵⁰

38. Venoklim es, en última instancia, una compañía válidamente incorporada bajo las leyes de Holanda, y el control ejercido por nacionales venezolanos no cambia dicha realidad.⁵¹ El abuso de las formas corporativas no se presume por la existencia de nacionales del Estado demandado dentro de la estructura de un grupo empresarial demandante. A pesar de lo anterior, la Mayoría en efecto ha levantado el velo corporativo de Venoklim, sin efectuar mayor análisis. Sin preguntarse y examinar si la incorporación de Venoklim fue hecha para evadir requisitos u obligaciones legales, si existió fraude, perjuicio o daño a terceros o a los propios accionistas.⁵² El levantamiento del velo corporativo de una compañía sólo debe realizarse luego de un análisis detallado de las circunstancias que justifican tal acción, lo que no se ha dado en este caso. En consecuencia debo apartarme de la decisión de la Mayoría en este respecto.

⁴⁹ Ver, Apéndice CLA-06, *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (UNCITRAL), Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006, UNCITRAL, 2006, ¶ 241.

⁵⁰ Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch & Anthony Sinclair, “The ICSID Convention: A Commentary”, Cambridge, Second Edition, 2009; p. 292, ¶740.

⁵¹ Nótese que Venoklim fue incorporada en el año 2006, mucho antes de acontecidos los hechos que dieron origen al presente procedimiento, por lo que, aun bajo el análisis del laudo *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, de fecha 15 de abril de 2009, invocada por la Demandada (Apéndice, RL-29), no sería procedente levantar el velo corporativo.

⁵² Ver, Mark Feldman, “Setting the Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, ICSID Review, Volume 27, Number 2, Fall 2012. Oxford University Press; pp. 288-293, para un análisis de laudos emitidos por Tribunales CIADI, en relación con el abuso de formas corporativas.

[Firmado]

Dr. Enrique Gómez Pinzón
Árbitro
Fecha: 26 de marzo de 2016