

**DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE
RECONSIDERACIÓN DE LA DEMANDADA**

**Opinión disidente
de Georges Abi-Saab**

1 – En su carta del 8 de septiembre de 2013¹, la Demandada “solicit[ó] formalmente [al Tribunal] una audiencia limitada y enfocada a revisar”, principalmente, la cuestión de la “negociación de buena fe”, debido a que “resulta claro que el Tribunal se encontraba un poco confundido respecto al compromiso de confidencialidad de las partes y al progreso de las negociaciones con posterioridad a la migración”, así como considerar algunas pruebas claves relacionadas que se habían dado a conocer recientemente a través de Wikileaks.

2 – La Mayoría rechaza esta solicitud por razones que resultan, a mi criterio, insuficientes; por ello, emito esta opinión disidente, en los términos que se exponen a continuación.

3 – La Mayoría, tras un rápido examen de los artículos pertinentes del Convenio y de las Reglas de Arbitraje del CIADI, no encuentra en dichas normas ningún fundamento para ejercer la facultad necesaria para reconsiderar ciertas conclusiones de su Decisión del 3 de septiembre de 2013. Sobre este aspecto, señala que:

“...esta decisión se limita a responder la cuestión de si el Tribunal tiene la facultad que la Demandada le solicita que ejerza. La decisión no se refiere a los fundamentos invocados por la Demandada para reconsiderar la parte de la Decisión que objeta, ni a las pruebas que la

¹ Carta de la Demandada del 8 de septiembre de 2013, último párrafo. (EX-R313).

Demandada considera que apoyan a esos fundamentos. Debe probarse la existencia de esa facultad antes de que la misma se pueda ejercer” (para. 9).

4 – Si la última proposición (que “[d]ebe probarse la existencia de esa facultad antes de que la misma se pueda ejercer”) es correcta, la proposición implícita en la penúltima oración (que esto se puede, o en realidad se debe, hacer en forma aislada y anterior al análisis de los fundamentos invocados para el ejercicio de la facultad) no lo es.

5 – Esto se debe a que la facultad de la que estamos hablando aquí no es una mera prerrogativa que carece de características distintivas, un derecho cuyo titular tiene la opción de elegir ejercerlo o no, por cualquier motivo que pudiera tener en mente (dentro de ciertos límites, como el principio del “abuso del derecho”).

6 - La facultad en cuestión es una facultad legal, que se traduce en el contexto de un tribunal en términos de jurisdicción para hacer ciertas cosas, en el ejercicio de su función decisoria general. La facultad, como parte de una función, acarrea consigo la obligación de ejercer la facultad para alcanzar ciertas metas o cumplir con mandatos legales específicos en el marco de una función más amplia.

7 – Por ello, el ejercicio de la facultad, así como su alcance, podrá depender del objetivo o el propósito legal específico para el cual fue prevista. La facultad puede así existir para alcanzar ciertos objetivos, pero no otros.

8 – En otras palabras, tal como ocurre con la determinación de jurisdicción general, un tribunal debe tomar en cuenta los fundamentos y motivos para ejercer la facultad, es decir, el objetivo, el propósito o el trámite legal específico para el cual se busca ejercer la facultad, con el fin de ser capaz de determinar:

a – si *prima facie*, es posible aplicar estos fundamentos a los hechos controvertidos en cuestión, si quedan probados; y, en caso afirmativo,
b – si estos fundamentos permiten sostener o justificar desde el punto de vista legal el ejercicio de la facultad objeto de la solicitud en ese caso particular.

9 – En este caso, el objetivo específico (o fundamento legal) por el cual se solicita al Tribunal ejercer la facultad de reconsideración limitada de su anterior Decisión parcial del 3 de septiembre de 2013, mientras el caso se encuentra pendiente de resolución ante sí, consiste en corregir un error material denunciado, cometido por el propio Tribunal al establecer los hechos, así como al alcanzar las conclusiones y consecuencias legales que se derivan o se fundan en estos hechos erróneamente establecidos.

10 – Para que el Tribunal esté en condiciones de dar una respuesta a la solicitud de reconsideración que le fue sometida, el Tribunal debe, por las razones explicitadas en el párrafo 8 arriba indicadas, responder a las siguientes preguntas:

1 – ¿Cuenta el Tribunal con elementos suficientes o pruebas *prima facie* para establecer la existencia de un posible error material en la determinación de los hechos? y, en caso afirmativo,

2 – ¿tiene el Tribunal una facultad general de reconsideración de decisiones parciales mientras el caso está pendiente de resolución ante sí que cubra, entre otras cosas (o por vía de aplicación específica), la reconsideración de los fundamentos invocados en el caso; y, en caso negativo,

3 – ¿tiene el Tribunal, de todas maneras, una facultad específica de reconsideración que cubra el fundamento legal particular invocado en el caso?

Estas tres preguntas se analizan, en el orden expuesto, a continuación.

I - Prueba *prima facie* del error material cometido por la Mayoría en su Decisión del 3 de septiembre de 2013 y, en consecuencia, de las conclusiones legales que de allí se derivan

11 – Con miras a responder la primera de las preguntas planteadas en el párrafo precedente, es necesario, en primer lugar, recordar las premisas sobre las cuales la Mayoría basó sus conclusiones sobre la cuestión de las negociaciones en materia de compensación en la Decisión del 3 de septiembre de 2013. Estas premisas consisten, principalmente, en una serie de presunciones de hecho derivadas de las pruebas presentadas y que la Mayoría consideró válidas, a saber:

a – que la oferta de compensación hecha por Venezuela antes de la nacionalización, y presentada al Tribunal por las Demandantes, por los dos grandes proyectos de Petrozuata y Hamaca, era irrisoria y estaba muy por debajo de lo exigido por el TBI (una presunción que no necesito analizar aquí, pero que refuto con amplitud en mi opinión disidente sobre la Decisión de la Mayoría del 3 de septiembre de 2013);

b – que Venezuela no ha variado su postura ni efectuado otra oferta en las negociaciones que se llevaron a cabo antes y después de la nacionalización y que continuaron incluso luego del comienzo de este arbitraje en noviembre de 2007 y bien entrado el año 2008.

12 – Cabe destacar que la última parte de las negociaciones estuvo amparada por un acuerdo de confidencialidad, que fue invocado tanto por el Sr. Goff

(negociador de Conoco)² como por el Dr. Mommer (Venezuela)³ para abstenerse de efectuar declaraciones sobre las negociaciones durante este período final en su testimonio oral ante el Tribunal, con la excepción de que el Sr. Goff manifestó que la negociación tuvo lugar durante un período prolongado⁴.

13 –La Decisión de la Mayoría, asumió por tanto, sin tener “ninguna prueba de las propuestas realizadas por Venezuela en este período final”⁵, que, durante dicho período, Venezuela no cambió su postura respecto de su propuesta inicial, infiriendo de esta supuesta intransigencia que la Demandada no participó ni tuvo la intención de participar en las negociaciones de buena fe en materia de compensación.

14 – La Decisión de la Mayoría basa esta inferencia en dos argumentos:

a – el primero, ya mencionado, es que “[e]l Tribunal no se encuentra ante ninguna prueba de las propuestas realizadas por Venezuela en este período final”⁶. De esta forma, deja de lado y no da crédito alguno a las declaraciones generales que el Dr. Mommer realizó en sus testimonios escrito y oral en el sentido de que Venezuela siempre tuvo voluntad de pagar una compensación justa, atribuyendo el fracaso de las negociaciones a los requerimientos exagerados e intransigentes de las Demandantes.

b – La Decisión de la Mayoría también deja de lado la importancia y el efecto legal del acuerdo de Confidencialidad cuando fue invocado por el Dr. Mommer en su testimonio oral como fundamento para abstenerse de brindar al Tribunal información

² Transcripción de la audiencia (día 3) pág. 710.

³ Transcripción de la audiencia (día 7) págs.1824 a 1825.

⁴ Transcripción de la audiencia (día 3) pág. 710.

⁵ Decisión del 3 de septiembre de 2013, ¶ 400.

⁶ *Idem*.

relativa al curso de las negociaciones, incluyendo necesariamente cualquier oferta hecha por Venezuela durante dicho período; lo que hizo al agregar inmediatamente después de la primera oración del párrafo 400, citado en el acápite a) anterior, lo siguiente:

“Observa [el Tribunal] que, cualquiera haya sido el acuerdo de confidencialidad que existía, este no ha impedido que la Demandada presentara ante él las propuestas de ConocoPhillips de los meses de junio y agosto de 2007”⁷.

15 – En otras palabras, la decisión de la Mayoría dice que, a pesar del acuerdo de confidencialidad, de haber realizado Venezuela alguna oferta razonable durante dicho período que pudiera favorecer su posición en el caso, no habría dudado en presentarla ante el Tribunal, tal como lo hizo al presentar al Tribunal las propuestas de las Demandantes de junio y agosto de 2007, en violación del citado acuerdo.

16 – Este razonamiento (fundamento, motivo) de la Decisión de la Mayoría es revelador en más de un sentido. Además de mostrar un actitud general frente a la Demandada, deja ver un importante *error en la determinación de los hechos* por parte de la Decisión de la Mayoría, al presumir que el acuerdo de Confidencialidad estaba vigente en junio de 2007, mientras existían en el expediente pruebas que demostraban lo contrario. De hecho, la cuestión de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de Confidencialidad fue planteada a los representantes de la Demandada durante la audiencia oral. Su respuesta fue que no entró en vigor sino hasta noviembre de 2007⁸. Esta

⁷ *Idem.*

⁸ Transcripción de la audiencia (día 13) pág. 3665.

respuesta no fue refutada ni negada por las Demandantes durante las Audiencias y fue incluso confirmada por ellas tiempo después⁹.

17 – A consecuencia de ello, la Decisión de la Mayoría cometió *un error material en la determinación de los hechos*. Pero peor aún, concluyó con base en el mismo, por vía de inferencias, una consecuencia legal grave: no solo que la Demandada violó su obligación de confidencialidad al presentar al Tribunal las ofertas de las Demandantes de junio y agosto de 2007, cuando dicha obligación no había todavía entrado en vigor; sino también, por vía de conjeturas, que la Demandada no habría dudado en hacer lo mismo, es decir, presentar al Tribunal cualquier proposición realizada durante el período final de las negociaciones, de haber existido, en violación de su obligación de confidencialidad la cual, de hecho, cubría dicho período final. En otras palabras, en la Decisión de la Mayoría se llega a una presunción, no sobre la base de pruebas positivas, sino por vía de la adivinación o por puro *fiat* – que parte de un solo ejemplo mal interpretado y basado en un error de hecho – de un patrón regular de conducta atribuible a la Demandada que implica el no dudar en violar sus obligaciones cuando ello fuera conveniente para sus fines.

18 – Y mediante este razonamiento extraordinario especulativo desarrollado por vía de la hipótesis, extrapolado a partir de un hecho determinado erróneamente, la Decisión de la Mayoría llega a otra conclusión afirmativa de hecho respecto de algo sobre lo que admitió no saber nada, es decir, las posibles ofertas realizadas o no realizadas por Venezuela durante el período final de las negociaciones, que estaba cubierto por el acuerdo de Confidencialidad; un acuerdo que fue invocado por testigos de ambas partes

⁹ Segundo escrito de las Demandantes en respuesta a la Solicitud de la Demandada de Reconsideración (Segundo escrito de las Demandantes) (25 de noviembre de 2013) pág. 15, ¶ 15: “Debido a que el acuerdo de confidencialidad no entró en vigor hasta que comenzó el arbitraje...”.

para justificar su negativa a divulgar los intercambios y ofertas realizados durante dicho período.

19 – La conclusión afirmativa sobre que la Demandada no hizo ninguna nueva oferta, o más bien, que se mantuvo en su posición inicial durante el período final de las negociaciones, y que se dedujo a partir del razonamiento especulativo extraordinario descrito anteriormente, es el pilar de una conclusión legal incluso más grave: que Venezuela no había negociado de buena fe durante dicho período final en relación con la compensación.

20 - Obviamente, si una premisa de hecho sobre la que se basan estas conclusiones legales – a la que se llegó por vía de un razonamiento impulsado por una reacción en cadena de especulaciones – culmina siendo errónea, toda la ingeniería sucumbe como un castillo de naipes.

21 – Esta es exactamente la situación del presente caso, ya que no hay lugar para dudar, como se demuestra en los párrafos precedentes, de que en base al expediente como estaba al momento de su emisión, la Decisión de la Mayoría del 3 de septiembre de 2013 incurrió en un error al determinar el alcance temporal de la aplicabilidad del acuerdo de Confidencialidad, a partir de lo que llegó, por vía de la inferencia, a conclusiones legales igualmente viciadas.

22 – Vale la pena señalar en este sentido que, con el fin de llegar a sus conclusiones sobre el período final de las negociaciones, la Decisión de la Mayoría, luego de admitir estar desprovista de pruebas sobre dicho período, tuvo que dar un salto de fe, lo que hizo en tres etapas: a) basándose en forma casi exclusiva e incondicional en las afirmaciones y declaraciones que las Demandantes hicieron a lo largo del procedimiento en las que insistieron en que no recibieron ninguna oferta más allá de la inicial sobre los proyectos de Petrozuata y Hamaca. Sin embargo, para que esta versión cobrase fuerza, la

Decisión de la Mayoría tuvo que neutralizar toda prueba contradictoria, b) descartando, por falta de credibilidad, las declaraciones generales del Dr. Mommer incluidas en sus testimonios escritos y orales en cuanto a que Venezuela tuvo siempre voluntad de pagar una compensación justa, y en que las negociaciones fracasaron debido a que las Demandantes se mostraron intransigentes y exageraron sus reclamaciones, y c) negando la importancia y el efecto legal de “cualquiera haya sido el acuerdo de confidencialidad que existía”¹⁰.

23 – El error cometido en la Decisión de la Mayoría que se describe en los párrafos anteriores era fácil de detectar en el expediente al que el Tribunal tuvo acceso al momento en que se emitió la Decisión. Confunde el tercer paso en el salto de fe de la Decisión de la Mayoría, es decir, negar la importancia y el efecto del acuerdo de confidencialidad. Como tal, es suficiente para dar respuesta afirmativa a la primera de las tres interrogantes del párrafo 10 anterior, a saber: si el Tribunal contaba con elementos suficientes o pruebas *prima facie* de un posible error material en la determinación de los hechos; es decir, si había un fundamento o motivo válido para la reconsideración.

24 – No obstante, ante las revelaciones de los cables de Wikileaks presentados al Tribunal en los anexos de la carta de la Demandada del 8 de septiembre de 2013 (véase el párrafo 1 anterior), el fundamento o motivo para la reconsideración cambia radicalmente en su dimensión e importancia, ya que estos cables conforman una refutación flagrante a las etapas restantes – a) y b) – del salto de fe de la Decisión de la Mayoría.

¹⁰ Obra citada en nota al pie 5, ¶ 400.

25 – De hecho, en el cable del 4 de abril de 2008 titulado “ConocoPhillips Informa al Embajador acerca de las Negociaciones sobre Compensación”¹¹, la Embajada de los Estados Unidos en Caracas informa a la Sede Central sobre la reunión celebrada aquel día (el 4 de abril de 2008) en la cual “Greg Goff [el entonces principal negociador de ConocoPhillips] y...Roy Lyons...informaron al Embajador acerca del estado de las negociaciones sobre la compensación con la RBV [República Bolivariana de Venezuela]”.

26 – El cable comienza advirtiendo (en el párrafo 1) que “ConocoPhillips (CP) es cautelosamente optimista sobre el estado de las negociaciones en materia de compensación” y que “CP y la RBV alcanzaron un acuerdo sobre la metodología para determinar el valor justo de mercado de los bienes de CP”.

27 – Luego (en el párrafo 4) hace referencia a la descripción del Sr. Goff del estado y del progreso de las negociaciones y de las posiciones de las partes sobre ellas (contrario al acuerdo de confidencialidad), en los siguientes términos:

“Según Goff, CP tiene dos reclamaciones básicas: una reclamación de compensación por los bienes expropiados y una reclamación por la expropiación progresiva de los bienes subyacentes. Goff dijo que la RBV ha aceptado que el valor justo de mercado es el estándar para la primera reclamación. Dijo que la RBV ha dejado de utilizar el valor en libros como estándar de compensación y ha acordado utilizar una metodología justa de mercado con tasas de descuento para computar la compensación por los bienes expropiados. Sin embargo, teniendo en cuenta la reciente alza de los precios del petróleo, el valor justo de mercado de los bienes ha aumentado. En cuanto a la reclamación

¹¹ EX-R 313, anexo 4.

basada en la expropiación progresiva de los bienes, Goff dijo que la reclamación era por sobre [“on top of”] el valor justo de mercado de los bienes. CP ha propuesto un número para un arreglo y la RBV parece estar abierta a ello. Goff añadió que CP también planea incrementar el número del arreglo para la segunda reclamación debido a los aumentos recientes del precio del petróleo”

28 – Esta descripción de primera mano revela claramente

1 – que Venezuela había cambiado su posición inicial sobre la metodología utilizada para estimar el valor de mercado actual, del método del “valor en libros” al de “descuento de flujos de caja”;

2 – que ConocoPhillips tenía dos reclamaciones de compensación: la primera por los bienes expropiados y la segunda por la “expropiación progresiva”, es decir, lo que se denomina “nacionalización progresiva”, que en este caso se manifestó en los cambios en la alícuota impositiva y el régimen de regalías. (Esta última reclamación fue desestimada por este Tribunal en la Decisión del 3 de septiembre de 2013 por no estar fundada ni en el TBI ni en el derecho internacional general);

3 – que en ambas reclamaciones, ConocoPhillips estaba pidiendo una compensación que reflejara en forma automática los incrementos en el precio del petróleo posteriores a la nacionalización.

29 – Las Demandantes no impugnaron la veracidad del contenido de estos cables en ninguna de las dos presentaciones de la actual etapa del procedimiento, pero sí cuestionaron su importancia y admisibilidad. Por supuesto, estas cuestiones hubieran constituido uno de los primeros puntos en la agenda a tratar en la “audiencia limitada y enfocada” solicitada por la Demandada, ello si el Tribunal hubiera accedido a su petición.

30 - No obstante, la Mayoría impide desde el inicio que se realice dicho examen, argumentando, como se analiza en el párrafo 3 anterior, que “[d]ebe probarse la existencia de esa facultad antes de que la misma se pueda ejercer”, lo cual lleva al Tribunal a abstenerse, de acuerdo con la Mayoría, de examinar los fundamentos invocados en la solicitud y las pruebas disponibles, antes de que quede probada la existencia de la facultad.

31 – La Mayoría continúa con un examen pro – forma (en 5 párrafos) de la cuestión relativa a si el Tribunal posee o no en general la facultad de reconsiderar sus decisiones parciales anteriores en casos que están pendientes de resolución por el mismo. Lo hace mediante una interpretación de las disposiciones pertinentes del Convenio y de las Reglas de Arbitraje del CIADI en forma acotada, formal y abstracta, separada de cualquier contexto, en particular de los fundamentos invocados a favor del ejercicio de la facultad, por no mencionar el contexto más amplio y los objetivos generales de todos los sistemas procesales, para luego llegar rápidamente a la conclusión de que el Tribunal no posee dicha facultad.

32 – En los párrafos 4 a 10 anteriores, expliqué las razones por las cuales considero que esta forma de proceder es deficiente. Sea como fuere, aun siguiendo el método acotado y formal de interpretación de la Mayoría, es posible encontrar elementos contundentes para responder afirmativamente a la cuestión, a la inversa de lo que hizo la Mayoría, como se ilustra a continuación.

II - ¿Tiene el Tribunal una facultad general de reconsideración de decisiones parciales previas en casos que todavía están pendiente de resolución ante el mismo?

33 - La respuesta a este interrogante gira en torno a si se considera o no que la Decisión del 3 de septiembre de 2013 es de carácter “definitivo”, es decir si tiene efecto de “cosa juzgada”, o no, y en consecuencia está sujeta a reconsideración por parte del Tribunal mientras el caso está pendiente de resolución; ciertos aspectos relativos al fondo del caso (en particular la importancia de las cláusulas de compensación de los Acuerdos de Asociación) y la cuestión sobre los daños están pendientes de ser consideradas.

34 - La Mayoría comienza admitiendo que la Decisión del 3 de septiembre de 2013 no es un “Laudo”, en el sentido dado por el Convenio del CIADI y que, por ello, las disposiciones del Artículo 53 del Convenio, que establece en el párrafo 1 que “[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio” (es decir, el carácter vinculante y definitivo que constituyen el efecto de cosa juzgada), “no resultan directamente aplicables”. No obstante, se apresura en agregar que esto “no significa que no resulten relevantes en un sentido más general” (párrafo 19); y procede con la construcción de un argumento que intenta mostrar que la Decisión del 3 de septiembre de 2013 tiene, después de todo, carácter definitivo y vinculante, y efecto de cosa juzgada; una posición que se analiza críticamente a continuación.

35 – La Mayoría comienza refutando la caracterización que la Demandada hace de la Decisión del 3 de septiembre de 2013 como “interina” o

“preliminar”, argumentando que “[l]a Decisión no reviste naturaleza interina o preliminar respecto de las cuestiones que resuelve”; recordando, como prueba de ello, diferentes porciones de la Decisión en las cuales el Tribunal “concluye”, “desestima” o “resuelve que...” (párrafo 20).

36 – Sin embargo, el hecho de que el Tribunal llegue a conclusiones, emita resoluciones y adopte decisiones no significa que sean, por lógica o necesidad legal, de carácter “definitivo” o “vinculante”, particularmente para el propio Tribunal (si, por ejemplo, toma conocimiento de que ha cometido un error).

37 – La Mayoría intenta cubrir esta falta de lógica con las dos siguientes breves oraciones:

“1) *Según la práctica*, estas decisiones deben incorporarse al Laudo.

2) *Tanto en teoría como en la práctica* es aceptado que aquellas decisiones que resuelven cuestiones controvertidas para las Partes tienen efecto de cosa juzgada”¹².

Estas afirmaciones deben ser analizadas en profundidad, ya que se refieren a la naturaleza y la especificidad propias del sistema procesal del CIADI. La primera afirmación debe matizarse, y la segunda toma por sentado lo que se supone se debe probar.

38 – En relación con la primera de estas dos afirmaciones, debe señalarse que la incorporación de dichas decisiones interlocutorias en el laudo final no es solo una cuestión de práctica como allí se indica. Es una cuestión de necesidad u obligación legal, originada en la especificidad del sistema procesal del CIADI. Tal es así que el artículo 48 del Convenio del CIADI en su párrafo 3 establece que: “El laudo contendrá declaración sobre todas las

¹² Obra citada en nota al pie 5, ¶ 20. Énfasis añadido. La Mayoría llega a la conclusión a partir de una cita de la reciente Decisión de otro Tribunal al que se hace referencia en el ¶ siguiente.

pretensiones sometidas por las partes al Tribunal...”. En otras palabras, esta norma obliga a que el laudo incorpore todas las conclusiones (resoluciones y decisiones) sobre una cuestión sometida al Tribunal que hubiera sido formulada con anterioridad al laudo final.

39 – Si el laudo está incompleto, en el sentido de no incluir decisiones previas sobre ciertas cuestiones planteadas al tribunal, o por no tratar dichas cuestiones, entonces no correspondería (al menos por el momento) a la definición sustantiva de “laudo” del Artículo 48/3 del Convenio. En otras palabras, no se trataría del laudo “final” previsto en dicha definición; donde el término “final” debe entenderse tanto en función de su significado corriente cronológico de “último” (que según el Convenio del CIADI así debe ser) como en función del significado técnico procesal de “definitivo”, que implica que el tribunal ejerció su función decisoria y dio pleno cumplimiento a su obligación de resolver la cuestión planteada ante sí, poniendo fin a la diferencia sometida a su autoridad de manera de quedar desligado de ella, a excepción de cualquier trámite ulterior (a menos que se estipule lo contrario).

40 – Si el laudo no puede considerarse final a menos que – y hasta tanto – incorpore las decisiones parciales anteriores – el carácter definitivo quedando ligado a la naturaleza inclusiva del instrumento – estas decisiones parciales interlocutorias, con mayor razón, no pueden ser consideradas finales hasta que no se conviertan en un elemento del todo. Tampoco pueden quedar sujetas al Artículo 53 (es decir, ser beneficiarias de la condición consagrada en dicha norma), ya que en dicha disposición el CIADI contempla el principio de cosa juzgada, que tiene el carácter definitivo como uno de sus dos pilares (junto con la naturaleza vinculante para las partes); lo

que resulta contrario a la segunda afirmación de la Mayoría (citada en el párrafo 35 anterior). Volveré a esta cuestión más adelante.

41 – El carácter definitivo resulta importante en otro sentido pues abre la posibilidad de interponer recursos posteriores a la decisión que, en el sistema del CIADI, son los estipulados en los artículos 50 a 52 del Convenio. Estos recursos solo se pueden interponer contra los “laudos”, de los cuales quedan excluidas las decisiones interlocutorias o parciales anteriores al laudo, ya sea que resuelvan excepciones preliminares o ciertos aspectos sobre el fondo, en línea con la posición que sostiene que estas últimas decisiones no son “finales” en el sentido técnico del término.

42 – Esta es una “peculiaridad” del sistema procesal del CIADI que han señalado varios autores importantes¹³ y a la que se hace mención en algunos laudos. Es una característica distintiva de dicho sistema respecto de otros sistemas internacionales como el de la Corte Internacional de Justicia, la Corte y los Tribunales Penales Internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros sistemas de arbitraje internacionales, lo que significa del derecho internacional general sobre la materia. Todos estos sistemas y normas proveen con la posibilidad de decisiones interlocutorias, en particular en relación con las excepciones preliminares, así como en relación con decisiones parciales sobre ciertos aspectos del fondo, en la forma de sentencias o laudos de carácter definitivo, abiertos a cualquiera de los recursos que prevén estos diversos sistemas contra sentencias o laudos defectuosos. En otros términos, las normas procesales del CIADI constituyen *lex specialis* a este efecto. La segunda afirmación de la Mayoría (véase el párrafo 37 anterior) es válida a la luz del derecho internacional

¹³ Por ejemplo, Fouchard, Gaillard & Goldman, *International Commercial Arbitration* (1999), pág. 739, de quien se toma prestado el término “peculiaridad”.

general y los demás sistemas, pero no resulta compatible con la *lex specialis* del CIADI.

43 – Al parecer, el razonamiento o la filosofía que subyace bajo esta peculiaridad del sistema procesal del CIADI¹⁴ es lograr que todas las cuestiones controvertidas de un caso sean resueltas en una especie de conjunto; probablemente para garantizar que, si bien se adopten decisiones en derecho, el tribunal tome en consideración el equilibrio total de los intereses.

44 – El carácter definitivo se logra con el cierre de este conjunto inclusivo bajo de la forma del instrumento que llamamos “laudo” y guarda relación simultáneamente con el todo y con las partes que lo conforman, pero solo a partir de ese momento en adelante. Hasta ese momento, siguiendo la lógica interna de este sistema seleccionado o *lex specialis*, todos los componentes del conjunto, hayan sido o no resueltos, permanecen sobre la mesa (o ante el Tribunal), y son susceptibles de rectificación o ajuste por el Tribunal, con el fin de que se adapten de la mejor manera o completen lo más posible el producto final, que es el conjunto en su totalidad.

45 – En este sentido, las reglas de procedimiento son como las normas de tránsito. Pueden señalar a la derecha o a la izquierda, pero deben ser coherentes. No pueden indicar la izquierda como dirección para ciertos objetivos, usos o usuarios y al mismo tiempo la derecha para otros. El mismo criterio se aplica al sistema procesal. No se puede considerar que las decisiones interlocutorias sobre excepciones preliminares o sobre algunos aspectos del fondo son finales en relación con ciertos objetivos como la

¹⁴ Esto complementa el ejemplo disuasivo del prolongado procedimiento que conllevan las excepciones preliminares presentadas ante la CIJ, que también fue invocado durante los trabajos preparatorios.

prohibición de su reconsideración por parte del Tribunal y, al mismo tiempo, no considerarlas finales cuando se trata de recursos posteriores al laudo.

46 – Esto me retrotrae a la segunda afirmación de la Mayoría que señala que “[t]anto en teoría como en la práctica es aceptado que aquellas decisiones que resuelven cuestiones controvertidas para las Partes tienen efecto de cosa juzgada”. Como se mencionara más arriba, si bien esta afirmación parece verdadera a la luz del derecho internacional general y su codificación en diversos estatutos que consideran que las sentencias interlocutorias tienen carácter definitivo y pueden ser sujetas a los recursos posteriores al laudo, no se aplica en el contexto de la *lex specialis* del CIADI.

47 - En la teoría, esto es, “de acuerdo con un razonamiento y una lógica legal y lineal”, sostengo que ya aporté elementos suficientes para refutar esta afirmación, teniendo en cuenta que las normas del CIADI son *lex specialis*. En la práctica, las posiciones están divididas. Por un lado, algunos tribunales consideran que las decisiones interlocutorias son “finales” (véase el párrafo 50 siguiente), mientras que otros declaran que:

“las Reglas de Arbitraje del CIADI carecen de disposiciones que permitan o incluso contemplen los laudos “parciales” o “interinos”; de hecho, el Tribunal es de la opinión de que las Reglas solo contemplan un tipo de laudo, el laudo final”¹⁵.

48 – Diferencias de concepto similares se observan en lo escrito sobre el tema. Parece haber un amplio consenso en cuanto a que el laudo es la única decisión con carácter definitivo en el sistema del CIADI, ya que pone fin a la diferencia sometida al tribunal. Sin embargo, en una publicación académica, tres de los letrados principales de las Demandantes en este caso, escriben:

¹⁵ *Tanzania Electric Supply Company Ltd c. Independent Power Tanzania Ltd.* (Caso CIADI No. ARB/98/8), Laudo final del 22 de junio de 2001, ¶ 32.

“...no todas las decisiones del CIADI son laudos, ni menos laudos finales. De acuerdo con el artículo 48(3) del Convenio del CIADI, el laudo tiene carácter definitivo cuando incluye disposiciones sobre todas las cuestiones sometidas al tribunal”¹⁶.

Se infiere necesariamente de estos dichos que todas las decisiones interlocutorias, que no sean un Laudo que abarque todas las cuestiones, no tienen carácter definitivo y, por ende, no tienen efecto de cosa juzgada. No obstante, algunos de los que toman la postura de que solo dichos laudos son decisiones finales, sostienen que las decisiones interlocutorias no pueden ser objeto de reconsideración por el mismo Tribunal antes de que dicte el laudo... Esto es un ejemplo perfecto de doble discurso y la prueba contundente de la falacia de la tesis del carácter definitivo de las decisiones interlocutorias del CIADI y de la segunda afirmación de la Mayoría.

49 – Luego de expresar las dos afirmaciones que se reproducen en el párrafo 37 anterior, la Mayoría concluye con una cita de una decisión interlocutoria reciente de un tribunal del CIADI que describe las “diversas decisiones y razones” sobre la jurisdicción y el fondo que allí se incluyen en los siguientes términos: “son de naturaleza definitiva, y no pueden ser objeto de reconsideración por las Partes o por el Tribunal en ninguna etapa ulterior del arbitraje”¹⁷.

50 – En primer lugar, se advierte un acto fallido cometido por omisión en la cita de la Mayoría. En efecto, el original reza: “*para el Tribunal*, son de naturaleza definitiva...”. Dicho tribunal tuvo la prudencia necesaria para no afirmar, como infiere la Mayoría aquí, que la naturaleza definitiva surge de la teoría y la práctica, del espíritu de los redactores del Convenio o de la ley.

¹⁶ Lucy Reed, Jan Paulson y Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, (2da. edición, Kluwer 2011) pág. 182.

¹⁷ *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB 07/19, Decisión del 30 de noviembre de 2012, ¶ 10.1.

Dicho tribunal se limita a afirmar que el origen es su propia intención u opinión. Como se menciona anteriormente, las opiniones están divididas en este tema.

51 – De todas maneras, me atrevo a presumir, con total respeto por los eminentes miembros de dicho tribunal, que si, antes de dictar el laudo, hubieran tomado conocimiento de la existencia de un error material de hecho o de derecho que los hubiera llevado a conclusiones erróneas, de nuevas pruebas o de un cambio de circunstancias que tuvieran el mismo efecto, no habrían dudado en revisar sus decisiones por las razones expuestas más abajo.

III - ¿Tiene el Tribunal una facultad específica que cubra el fundamento legal particular invocado en el caso?

52 – En el párrafo 32 anterior, sostuve que es posible encontrar elementos contundentes para afirmar que un tribunal del CIADI cuenta con una facultad general de reconsideración de sus decisiones interlocutorias (dentro de ciertos límites y bajo determinadas condiciones) en un caso que está pendiente de resolución ante sí. Sin embargo, si la respuesta a la interrogante sobre si dicha facultad existe o no fuera negativa, aún resta la posibilidad (expuesta en el párrafo 10 anterior) que el Tribunal posea una facultad específica para tratar las solicitudes basadas en uno o varios fundamentos legales particulares.

53 – La Mayoría examina, en el párrafo 22, dos disposiciones invocadas por la Demandada, a saber: el artículo 44 del Convenio y la regla 38/2 de las Reglas de Arbitraje, como posibles fuentes de dicha facultad y sumariamente las desestima por ser de naturaleza esencialmente procesal. Si bien admite

que el artículo 44 confiere a los tribunales una facultad subsidiaria de subsanar lagunas procesales, “[n]o se le puede interpretar [según la Mayoría] de modo tal de conferir una amplia facultad de decisión sustantiva no explícitamente otorgada”¹⁸. Por su parte, se desestima la aplicación de la regla 38/2 en una breve oración porque “tiene un alcance mucho más limitado”¹⁹.

54 – Sin embargo, la Mayoría analiza el Artículo 44 a los efectos de establecer si el Tribunal cuenta o no con una facultad general de reconsideración. Este artículo cobra importancia para el caso por otra vía, por su carácter de reglamentación parcial y aplicación específica de *la competencia o la facultad inherente* de todo órgano judicial o decisorio. Una competencia que en principio fue consagrada y luego evolucionó a través del principio general de *Kompetenz-Kompetenz* (la competencia de la competencia), pero que trasciende este principio hacia un ámbito mucho más amplio, como lo articuló en particular la CIJ.

55 – De allí que en el caso *Northern Cameroons* (1963), la Corte hace referencia a “la obligación de la Corte de mantener su carácter judicial”, antes de agregar que: “La Corte por sí misma, y no las partes, debe ser el custodio de la integridad judicial de la Corte”²⁰. Más adelante, en el caso

¹⁸ Estoy de acuerdo en general con esta premisa. Pero el argumento de la Demandada no es que la facultad emana del artículo 44, sino que el artículo 44 es necesario para establecer las modalidades de su ejercicio.

¹⁹ La Mayoría evita incluso volver a citar esta regla y, más aún, analizar su contenido, aunque (o tal vez debido a) que la “circunstancia excepcional” o “fundamento” que conlleva es exactamente aquel invocado en este caso, y por el cual señala: “Excepcionalmente, el Tribunal podrá, antes de dictar el laudo [no cualquier decisión], reabrir el procedimiento [que no estaba cerrado en este caso, haciendo la Regla aplicable *a fortiori*] en vista de que se han recibido pruebas adicionales que por su naturaleza constituye un factor decisivo, o porque es de necesidad imperiosa aclarar ciertos puntos específicos”. La Mayoría agrega (en el ¶ 23) otro motivo, aparte de su naturaleza puramente procesal, para desestimar la importancia de estas dos disposiciones, a saber: que las normas del Convenio y su estructura general no dejan lugar para la subsanación de lagunas relativas a sus facultades; una proposición que da lugar a un amplio debate. De todas formas, ambas razones de la Mayoría se desmoronan ante la falta de carácter definitivo de las decisiones interlocutorias, que no tienen efecto de cosa juzgada, como quedó demostrado más arriba.

²⁰ *ICJRep. 1963*, pág. 29.

Ensayos Nucleares (1974), la Corte se explaya en su exposición sobre este concepto:

“...la Corte posee una competencia inherente que le permite tomar las acciones que sean requeridas; por un lado, para garantizar que el ejercicio de su jurisdicción sobre la cuestión de fondo, si así fuera necesario y cuando corresponda, no se vea frustrado y, por el otro, para velar por la resolución correcta de todas las cuestiones en disputa, para garantizar el cumplimiento de las ‘limitaciones inherentes al ejercicio de la función judicial’ de la Corte y ‘mantener su carácter judicial’ (*Northern Cameroons, Sentencia, I.C.J. Reports 1963*, pág. 29). Dicha competencia inherente, fundada en el hecho de que la Corte tiene plenas facultades para tomar las resoluciones necesarias para cumplir el objetivo indicado, deriva de la mera existencia de la Corte como órgano judicial establecido por consenso de los estados, y se le confiere con miras a salvaguardar su función judicial básica”²¹.

56 – Por tanto, la competencia inherente es propia de cada órgano o cuerpo por el solo hecho de poseer una función decisoria; y conlleva tanto facultades como obligaciones y responsabilidades. Las facultades habilitan al órgano a ejercer su competencia principal sobre la cuestión (el fondo del asunto) en una forma adecuada, eficiente y equitativa; al consagrar la independencia del órgano respecto de las partes en el ejercicio de sus funciones, si bien su competencia se deriva en última instancia de su consentimiento, a través del principio de *Kompetenz-Kompetenz*; y al permitir al órgano subsanar las lagunas procesales, una facultad que suele estar reglamentada en disposiciones legales como el Artículo 44 del

²¹ *ICJRep. 1974*, págs. 259 y 260, ¶ 23.

Convenio del CIADI, pero que puede ejercerse incluso ante la falta de dichas disposiciones²²; así como las restantes facultades necesarias para que el órgano cumpla las obligaciones y honre las responsabilidades que forman parte de la competencia inherente. Todo ello para “mantener su carácter judicial”, “salvaguardar su función judicial básica” y ser “custodio de [su] integridad judicial”; en resumen, para garantizar y salvaguardar la eficiencia, credibilidad e integridad de su función decisoria y de la naturaleza decisoria del órgano, cuya primera y principal función es buscar la verdad y administrar justicia de acuerdo con la ley bajo dicha premisa.

57 – Es precisamente en el cumplimiento de esta misión y de su obligación de salvaguardar la credibilidad e integridad de su función decisoria, donde yace la facultad de un tribunal de reconsiderar una decisión anterior, sea o no interlocutoria, sea o no considerada final e independientemente de si la reconsideración está prevista en la reglamentación que lo regula, es decir, independientemente de todas estas distinciones; si el tribunal toma conocimiento de que ha incurrido en un error de hecho o de derecho que le hubiera llevado a unas conclusiones erróneas, o de la existencia de nuevas pruebas o de un cambio de circunstancias que derivan en el mismo resultado. Así procedieron un gran número de tribunales que están regidos por diversos estatutos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TPIY, los tribunales de arbitraje de la CCI, etc.) sobre la base de la competencia inherente del órgano, bien porque se encuentre articulada en estos términos, o simplemente “en pos de los intereses de la justicia”, con miras a

²² Cf. Constantinos Salonidis, «Inherent Powers in ICSID Arbitration», en *5 Investment Treaty Arbitration and International Law* (Laird & Weiler editores, Nueva York, Juris, 2012, pág. 43, ¶ 52; “Los tribunales de arbitraje han venido ejerciendo sus facultades en virtud del artículo 44 fundándose en que, al hacerlo, también están ejerciendo las facultades que son inherentes a su función judicial y condición de tribunal internacional”.

salvaguardar la credibilidad e integridad del tribunal. No se necesitan más que unos pocos ejemplos para ilustrar esta posición.

58 – En el caso de los *Rehenes* (1933) de la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania, el árbitro Owen Roberts (al decidir sobre la solicitud de una nueva audiencia presentada tras la emisión de la sentencia final) señaló:

“En mi opinión, resulta claro que cuando la Comisión ha interpretado erróneamente la evidencia, o ha incurrido en un error de cálculo, o cuando su decisión no es congruente con sus conclusiones de hecho, o cuando en otro sentido la decisión no guarda relación con el expediente o contiene un error material de derecho, la Comisión no solo tiene la facultad, sino la obligación, dada la justificación adecuada, de reabrir y corregir una decisión de acuerdo con los hechos y las normas legales aplicables”²³.

59 – En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Waltraud Storck c. Alemania*, declaró:

“El Tribunal acepta que ni el Convenio ni el Reglamento del Tribunal contemplan expresamente la posibilidad de reabrir un procedimiento sometido ante el Tribunal. No obstante, en circunstancias excepcionales, cuando se ha incurrido en un error manifiesto de hecho o de valoración de los requisitos de admisibilidad pertinentes, el Tribunal tiene, en interés de la justicia, la facultad inherente de reabrir un caso que había sido declarado inadmisibile y rectificar los errores cometidos”²⁴.

²³ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII, pág. 160, ¶ 188.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisión sobre admisibilidad del 26 de octubre de 2004, págs. 13 y 14.

60 – De igual manera, en la doctrina, varios autores llegaron a idénticas conclusiones. Por ejemplo, James Castello, en un comentario sobre el Reglamento de la CNUDMI, argumentó:

“Aunque suela decirse que un tribunal está *functus officio* respecto de una cuestión que resolvió sobre el fondo mediante un laudo parcial, en algunos casos, los tribunales han concluido que tienen la facultad para revisar dicha cuestión cuando, por ejemplo, creen que un cambio en las circunstancias o en los hechos del expediente torna el laudo original insostenible”²⁵.

61 – En resumen, bajo ciertas circunstancias que ponen en riesgo o amenazan con poner en riesgo la credibilidad e integridad del tribunal en cuestión – por ejemplo, cuando se toma conocimiento de que se incurrió en un error de interpretación de la prueba o de establecimiento de los hechos que derivó en una conclusión legal errónea; de que la decisión no es congruente con los hechos determinados; de que existen nuevas pruebas fehacientes que demuestran que los hechos establecidos por el tribunal estaban basados en premisas erróneas; o de que las nuevas circunstancias han tornado la decisión insostenible – la competencia inherente faculta, e incluso ordena, al tribunal a reconsiderar la decisión anterior.

62 – El tribunal es llamado a actuar *motu proprio* o en base a fundamentos suficientes y prueba *prima facie* fehaciente que haya presentado la parte solicitante, en cualquier etapa del procedimiento, incluso tras la emisión de la sentencia final si el tribunal sigue en funciones, con miras a corregir el error y todas las consecuencias que de allí se deriven.

²⁵ James Castello, «UNCITRAL Rules», en *Practitioner Handbook on International Commercial Arbitration*, Weigand ed. OUP, 2010, pág. 1403, 1512, ¶ 16.336. Véase también Eric Schwartz, “Thoughts on the Finality of Arbitral Awards”, en *Liber Amicorum en l’Honneur de Serge Lazareff*, L. Lévy and Y. Derains editores, Pedone, 2011, pág. 569, ¶ 576.

63 – Esta es exactamente la situación del presente caso, ya que no existe duda alguna de que, sobre la base del expediente en el estado en que se encontraba al momento de dictarse la Decisión del 3 de septiembre de 2013, el Tribunal cometió un error en relación con el alcance temporal del acuerdo de confidencialidad, del cual derivaron conclusiones de largo alcance, a través de un razonamiento y una extrapolación de naturaleza especulativa e hipotética (véanse los párrafos 12 a 20 anteriores).

64 – Sin embargo, las revelaciones de los cables de Wikileaks cambian radicalmente la situación en dimensión y gravedad. Nos encontramos aquí con una narrativa completa de las negociaciones, con un alto grado de credibilidad dado el nivel de detalle, que concuerda perfectamente con lo que conocemos del resto del expediente. Es una narrativa que refuta radicalmente la versión reconstruida por la Mayoría, basándose casi exclusivamente en los argumentos que las Demandantes expusieron a lo largo de sus presentaciones escritas que defendían que la Demandada no varió su posición respecto de la oferta inicial (véanse los párrafos 24 a 29 anteriores).

65 – Esto revela, una vez corroborado por el Tribunal (aunque su veracidad no fue cuestionada por las Demandantes, quienes solo cuestionaron su importancia y admisibilidad), que si realmente hubo mala fe, no puede atribuírsela a la Demandada, sino a las Demandantes, ya que indujeron a engaño a la Mayoría a través de declaraciones falsas, con pleno conocimiento de su falsedad.

Conclusión

66 – En estas circunstancias, no creo que ningún tribunal que se respete, y que tome con seriedad su función legal y moral de buscar la verdad y administrar justicia conforme a la ley, pueda ignorar dichas pruebas, taparse los ojos y continuar actuando sobre la base de conclusiones que se tornaron gravemente cuestionables, ignorando la existencia y la importancia de pruebas contundentes.

67 – Sería desconectarse mediante una clausura epistémica en un mundo subjetivo de fantasía de su propia creación; una realidad virtual con el fin de rechazar la realidad objetiva probable; una comedia legal de errores en el teatro del absurdo, por no decir parodia de la justicia, que hace burla no sólo del arbitraje del CIADI, sino de la idea misma de la facultad decisoria.

Por lo expuesto, emito esta opinión en disidencia.

[Firmado]

Prof. Georges Abi-Saab