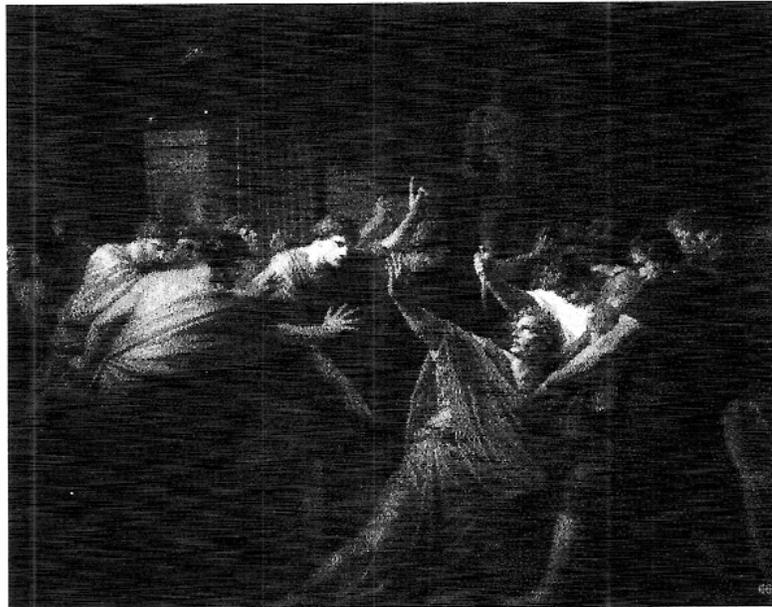


# THĒMIS

---

Revista de Derecho



1965 - 2020

# LA DOBLE NACIONALIDAD DE PERSONAS NATURALES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE VENEZUELA *DUAL NATIONALITY OF INDIVIDUALS IN VENEZUELAN INVESTMENT ARBITRATION*

J. Eloy Anzola\*  
Árbitro independiente

*An IPPA is a bilateral agreement for the promotion and protection of investments made by a person from one of the signatory states in the area of the other contracting state. Among the provisions of this treaty, compensation clauses are usually agreed upon the event that an expropriation dispute arises between an overseas investor and the host state. In this regard, it is mandatory that the investor be a natural person of one the parties to be compensated for any loss or damage suffered in relation to his covered investments.*

*Then, the key question remains as to whether this bilateral agreement should also protect binational investors. Moreover, it might be well asked whether the international jurisprudence is uniform when an expropriation dispute arises. In this paper, the author analyzes the enforcement of a number of IPPAs signed by Venezuela, as well as the evolution of the criteria adopted by arbitral tribunals and courts. For this purpose, he first examines three recent claims against this State to highlight how the debate on the nature of the IPPA under international law has evolved, then he assesses the alleged lack of jurisdiction of the courts to rule in this matter and, at last, the nature of the investor and his dominant nationality.*

**KEYWORDS:** *Dual nationality; investment arbitration; international investment agreements; ICSID; Permanent Court of Arbitration*

*Los APPRI son acuerdos bilaterales que buscan promover y proteger las inversiones de los naturales de un Estado signatario en el territorio del otro Estado contratante. Entre sus disposiciones, suelen pactarse cláusulas de compensación frente a potenciales controversias sobre expropiación que surjan entre los inversores y los Estados receptores. De esta manera, es necesario que esta persona sea natural de uno de los Estados suscriptores para que sea compensada por cualquier pérdida o daño que sufra en relación con las inversiones protegidas.*

*En esa medida, la cuestión principal subyace en determinar si este tipo de acuerdo bilateral debería proteger también a los inversores binacionales. Además, es necesario cuestionarnos si el criterio jurisprudencial es uniforme frente a este tipo de controversias. En este artículo, el autor analiza la aplicación de algunos de estos tratados celebrados por Venezuela, así como la evolución de los criterios que han adoptado los tribunales arbitrales y las cortes. Con este objetivo, desarrolla el curso de tres casos relevantes contra este Estado para resaltar cómo ha evolucionado el debate sobre la posición de los APPRI dentro del Derecho Internacional, la alegada falta de jurisdicción de los tribunales para pronunciarse y la naturaleza del inversor y su nacionalidad dominante.*

**PALABRAS CLAVE:** *Binacionalidad; arbitraje de inversiones; acuerdos internacionales de inversión; CIADI; Corte Permanente de Arbitraje*

\* Abogado. Master of Laws (LL.M) por la Universidad de Yale y *Admissible au Doctorat* en la Universidad de París. Ex profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, el Instituto de Estudios Superiores de Administración y la Universidad Metropolitana en Caracas. Ex socio de d'Empaire, Reyna, Anzola & Bermúdez y Anzola, Raffalli & Rodríguez. Árbitro independiente (Miami, Estados Unidos). Contacto: jeanzola@gmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

### A. Los laudos de jurisdicción y las sentencias de anulación

En los últimos meses del 2019 se dictaron dos importantes laudos de jurisdicción en materia de la protección internacional de inversiones, los cuales comentaremos en estas notas. En ellos, los tribunales arbitrales que resolvieron el asunto se declararon incompetentes para conocer los casos de personas naturales con doble nacionalidad que procedían contra Venezuela. Los tribunales se constituyeron al abrigo de la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, CPA) y los procedimientos *ad hoc* se rigieron por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, el Reglamento CNUDMI)<sup>1</sup>. Para abreviar, utilizaremos el término “binacionales” para identificar a las personas que tengan esa condición de doble nacionalidad.

El primer laudo se dictó el 29 de octubre de 2019, en el caso *Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela* (en adelante, el **caso Heemsen**). El tribunal arbitral se activó en el marco del acuerdo para la promoción y protección de inversiones suscrito por Venezuela y Alemania (Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1996; en adelante, el **APPRI Venezuela-Alemania**). Los Heemsen, quienes poseen las nacionalidades alemana y venezolana, reclamaron a Venezuela una indemnización por la expropiación sin pago de compensación adecuada de terrenos situados en las inmediaciones de la ciudad de Puerto Cabello, el puerto más importante de Venezuela.

El segundo laudo se publicó el 13 de diciembre de 2019 en el caso *Manuel García Armas, Pedro García Armas, Sebastián García Armas, Domingo García Armas, Manuel García Piñero, Margaret García Piñero, herederos de Domingo García Cámara, Carmen García Cámara c. Venezuela* (en adelante, el **caso Manuel García y otros**), cuyo tribunal arbitral actuó en el marco del acuerdo de promoción y protección de inversiones suscrito por Venezuela y España (Tratado entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1995; en adelante, el **APPRI Venezuela-España**). Al igual que el caso anterior, los demandantes reclamaron una indemnización por la apropiación del gobierno

venezolano sobre sus haberes en empresas industriales y comerciales sin pago de compensación.

En ambos casos, Venezuela opuso la falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales. Venezuela alegó que los demandantes no podían actuar contra Venezuela en la esfera internacional porque todos ellos son poseedores de la nacionalidad venezolana. De esta manera, si bien los demandantes tenían también la nacionalidad alemana (los Heemsen) y española (los demás), los APPRI Venezuela-Alemania y Venezuela-España no facultaban a los binacionales a reclamar las protecciones exigidas contra uno de los países cuya nacionalidad ostentaban. Examinaremos luego los razonamientos de los tribunales arbitrales.

Estos dos laudos se apartaron de las consideraciones y conclusiones del que fuera dictado el 15 de diciembre de 2014 también por un tribunal arbitral de inversiones *ad hoc* que se constituyó al amparo de la CPA y se rigió por el Reglamento CNUDMI. Se trata del caso seguido por *Serafín García Armas y su hija Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela* (en adelante, el **caso Serafín y Karina García**). En este laudo de jurisdicción, el tribunal arbitral se declaró competente para tramitarlo y decidirlo pese a la binacionalidad de los demandantes (española y venezolana).

Los demandantes pretendían, al igual que en los casos Heemsen y Manuel García y otros, obtener el pago de una indemnización por la confiscación de bienes de su propiedad que realizó el gobierno venezolano. Actuaron como españoles sobre la base del APPRI Venezuela-España, pese a que aquel no contiene disposición expresa sobre la doble nacionalidad. Como hemos de ver, esta decisión cuestionó las reglas que parecían establecidas, como la exclusión absoluta de demandas de binacionales o la admisión de solo las que demostraran la supremacía y eficacia de la nacionalidad con la que reclamaban.

El asunto sigue siendo motivo de debate pues el laudo sobre jurisdicción del caso Serafín y Karina García fue anulado el 3 de junio de 2020 por la Cour d'appel de París. Aunque más adelante veremos los detalles de esta nulidad, advertimos por el momento que no se produjo por la doble nacionalidad de los accionantes si no porque no pudieron demostrar que tenían la nacionalidad española cuando invirtieron en Venezuela. Como desarrollaremos, las partes disputan los efectos

<sup>1</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es conocida en inglés como la United Nations Commission on International Trade Law. Dada la dificultad de pronunciar las siglas CNUDMI en español es muy frecuente utilizar las siglas UNCITRAL.

de la sentencia de anulación porque antes de esta, el tribunal arbitral dictó el laudo sobre el fondo condenando a Venezuela a pagar una suma importante.

Para entender el contexto de estas decisiones y sus resultados creemos necesario hacer una breve secuencia histórica sobre cómo nació la posición de rechazo hacia las pretensiones de los binacionales en el campo internacional cuando actúan contra uno de los países cuya nacionalidad ostentan. Veremos también cómo esa inadmisibilidad ha evolucionado.

## B. De la protección diplomática al CIADI

Hasta la segunda mitad del siglo XX, si los derechos o bienes de un extranjero eran tratados indebidamente por un Estado, el recurso disponible para los afectados era acudir a los tribunales del Estado agresor<sup>2</sup> o solicitar protección diplomática<sup>3</sup>.

Mediante este último, el gobierno de la nacionalidad del inversor podía sustituir a su ciudadano y reclamar al Estado infractor las indemnizaciones o reparaciones pertinentes. En muchas ocasiones la gestión amistosa no prosperaba; sin embargo, podía ocurrir que los Estados agresores –para evitar sanciones o conflictos graves– conviniesen en acudir a tribunales o comisiones arbitrales para resolver la disputa.

En la protección diplomática la regla tradicional indicaba que un Estado estaba impedido de proteger a una persona, sea natural o jurídica, si aquella poseía también la nacionalidad del Estado ante el cual se presentaba el reclamo (Daillier *et al.*, 2009, pp. 902 y ss.; Díez de Velasco, 2008, pp. 896 y ss.).

Venezuela fue objeto de un importante número de reclamaciones diplomáticas por préstamos impagados y bienes destruidos en las guerras de independencia y civiles que ocurrieron en el siglo XIX. En 1902, los estados de Alemania, Gran Bretaña

e Italia bombardearon puertos venezolanos y los mantuvieron bloqueados por un tiempo, urgiendo el pago de sus acreencias<sup>4</sup>. En febrero de 1903, tras la intermediación de Estados Unidos, estos estados europeos y Venezuela suscribieron los llamados Protocolos de Washington donde convinieron que los reclamos deberían ser resueltos por comisiones arbitrales mixtas.

Tales comisiones mixtas estuvieron integradas por un miembro nombrado por los países reclamantes, otro nombrado por Venezuela y un tercero (*umpire*) nombrado mediante un acuerdo entre las partes o por sugerencia de otro Estado. Así, se trataron varios casos en que los reclamantes binacionales buscaban el amparo de los estados europeos y se resolvió rechazar tales solicitudes<sup>5</sup>.

El mismo resultado se dio en el caso Canevaro (*Italia c. Perú*, 1912), que fue un arbitraje iniciado por Italia contra Perú y resuelto por un tribunal arbitral constituido al amparo de la CPA con sede en La Haya (Daillier *et al.*, 2009, p. 905; Díez de Velasco, 2009, p. 908). Raphael Canevaro reclamó una supuesta acreencia impagada a su favor buscando prevalerse de su condición de italiano y el auxilio de ese gobierno, pese a que pagos por conceptos semejantes habían sido denegados a los nacionales peruanos por una ley especial. Ocurría que Canevaro era italiano por ser ella la nacionalidad de su padre (*ius sanguinis*) y peruano por haber nacido en Perú (*ius soli*).

En este laudo no se excluyó al Estado accionante por la doble nacionalidad de Canevaro, sino porque se determinó que la nacionalidad efectiva o dominante del recurrente era la peruana. Canevaro nació en Perú, ejerció derechos políticos en Perú, sus negocios estaban en Perú; por tanto, tenía nexos estrechos con ese país que sumados hicieron que el tribunal arbitral se pronunciara a favor de atribuirle la nacionalidad peruana con preferencia a la italiana. El concepto de nacionalidad efectiva o

<sup>2</sup> En algunos países latinoamericanos, con oposición europea, imperó la llamada doctrina Calvo que limitaba las acciones de los inversionistas a las acciones judiciales en los tribunales de los países receptores. Ese fue el caso de Venezuela.

<sup>3</sup> Como regla general, en la protección diplomática un Estado no podrá presentar una reclamación internacional por un perjuicio causado a uno de sus nacionales, antes que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos (administrativos o judiciales). Hay excepciones como la ausencia de recursos, dilaciones indebidas y otros impedimentos.

<sup>4</sup> Al respecto, consúltese a Anzola Etchevers (2008) y Anzola Etchevers (2015).

<sup>5</sup> Así ocurrió en distintos casos. Véanse Edward A. Mathison (Ralston, J. & W.T. Sherman, 1904, pp. 420 y ss.); los herederos de J. P. K. Stevenson (Ralston, J. & W.T. Sherman, 1904, pp. 438 y ss.); los herederos de Thomas Massiani (Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 159 y ss.); la viuda de Sebastiano Brignone (Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 542 y ss.); y los herederos de Michele Miliiani (J. Ralston & W.T. Sherman, 1904, p. 754 y ss.; Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 584 y ss.). Si bien en estos casos Venezuela quedó condenada a pagar una fracción de los montos reclamados por sus acreedores, se le impuso el gravamen de destinar el 30% de los ingresos percibidos en las aduanas por derechos de importación. Venezuela terminó de pagar esas deudas en la década que comenzó en 1930.

dominante fue ganando terreno en las reclamaciones de binacionales.

Sin embargo, más avanzado el siglo XX el artículo 4 de la convención de La Haya referente a conflictos de leyes sobre nacionalidad<sup>5</sup> significó un retorno a la tesis tradicional, pues estableció que “un [E]stado no puede brindar protección diplomática a uno de sus nacionales que **posea a la vez** la nacionalidad del [E]stado al que se le reclama” (Convenio Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad, 1930) [el énfasis es nuestro].

En el año 2006 hubo —si se quiere expresar así— una rectificación al respecto. La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, CDI) elaboró un proyecto de Convención sobre la Protección Diplomática y retomó el concepto de nacionalidad dominante. El artículo 7 del proyecto aceptó que un Estado pueda presentar una reclamación contra un Estado para proteger a una persona con doble nacionalidad —la del Estado reclamante y la del Estado al que se le reclama— siempre que la nacionalidad del Estado que ejerce la protección sea **predominante**, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de presentación oficial de la reclamación (Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, 2007).

En 1965 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) que derivó del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio CIADI). Se creó la jurisdicción del CIADI, el cual se constituiría como un centro de arbitraje especializado para resolver esas disputas. El Convenio CIADI fue completado por numerosos acuerdos para la promoción y protección de inversiones bilaterales y multilaterales, sean tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI) o APPRI<sup>6</sup>. De esta forma, surgió una acción directa por vía arbitral que había sido desconocida hasta ese momento por los inversores que fuesen perjudicados por un

Estado agresor<sup>7</sup> lo que hizo innecesaria la intermediación y protección de un Estado.

Para ejercer la acción directa en el CIADI el inversor debe cumplir algunos requisitos. Entre ellos podemos encontrar los siguientes: (i) que la diferencia jurídica sea por el incumplimiento de las obligaciones de un APPRI; (ii) que la disputa se refiera a una inversión; y, finalmente, (iii) que el Estado demandado haya consentido la jurisdicción del CIADI incuestionablemente —sea a través de un APPRI u otras vías.

Ocurre que este nuevo camino excluyó a los binacionales. El inciso a del numeral 2 del artículo 25 del Convenio CIADI dispone que las personas naturales podrán accionar contra los Estados en la jurisdicción del CIADI, pero en ningún caso podrán hacerlo “**las personas que, en cualquiera de ambas fechas** [cuando dieron el consentimiento para acudir al CIADI y cuando se registró allí la solicitud de arbitraje], **también tenían la nacionalidad del [E]stado parte en la diferencia**” (Convenio CIADI, 1965) [el énfasis es nuestro].

Esta inadmisibilidad es absoluta. No se puede renunciar a ella y existe también para los procedimientos gobernados por las normas del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (en adelante, Mecanismo Complementario). Se trata de una opción adicional de arbitraje que no figura en el Convenio CIADI pero que fue creada para que allí puedan acudir, previo consentimiento, los inversores que actúen contra Estados y que pese a no ser parte del Convenio CIADI desean resolver sus controversias en esta sede y por arbitraje. El consentimiento de los Estados para acudir allí figura en numerosos APPRI. En todo caso, es importante tener en cuenta que los binacionales tienen cerrado el acceso al CIADI y al Mecanismo Complementario.

Es preciso destacar, además, que aunque Venezuela se hizo parte del Convenio CIADI en 1994 lo denunció y abandonó en 2012. Por tanto, en la actualidad y por hechos ocurridos luego de que esta

<sup>5</sup> Esta Convención fue suscrita y ratificada por muy pocos países. Venezuela no lo hizo, pero su texto vale como expresión de principios generales.

<sup>7</sup> Dice así:

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea **predominante** tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación (Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, 2007) [el énfasis es nuestro].

<sup>6</sup> Hay más de tres mil acuerdos de este tipo.

<sup>9</sup> En los APPRI es común garantizar a los inversores, entre otras protecciones, plena protección y seguridad, ausencia de medidas arbitrarias o discriminatorias, trato justo y equitativo, compensación en caso de expropiación, compensación igual que a los nacionales en caso de guerras o conflictos, transferencias sin restricciones de beneficios, ventas o prestamos, un acuerdo de nación más favorecida y un foro, normalmente arbitral, para la solución de las disputas de los inversores con los países receptores.

denuncia surtiese efectos<sup>10</sup>, solo se puede demandar a Venezuela ante el Mecanismo Complementario, y cuando ella ha convenido en ello.

A diferencia de los APPRI Venezuela-España y Venezuela-Alemania que guardan silencio sobre el tema de los binacionales, hay APPRI suscritos por Venezuela que de manera expresa excluyen a los binacionales de las protecciones acordadas. Así ocurrió en el que suscribió con Canadá el 1 de julio de 1996, en vigor desde el 28 de enero de 1998; también en el suscrito con Irán el 11 de marzo de 2005, en vigor desde 2006. Del mismo modo, figura en este grupo el suscrito por Venezuela e Italia el 14 de febrero de 2001 que no ha sido ratificado por Venezuela. Es obvio que serán improcedentes los reclamos de quienes invoquen estos tratados y tengan nacionalidad venezolana, además de la canadiense, iraní y, en su caso, la italiana.

Hay tratados multilaterales que permiten expresamente las acciones de binacionales, pero siempre que invoquen, para ejercer la acción, la nacionalidad dominante. Así, por ejemplo, lo dispone el artículo 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos cuando define el término “inversionista” aplicado a una persona natural: “Si una persona tiene doble nacionalidad, se “considerará exclusivamente [...] nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”<sup>11</sup>. Los binacionales que no justifiquen una nacionalidad con esas características no podrán beneficiarse de las protecciones acordadas.

### C. El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En algunos APPRI los Estados, además de señalar al CIADI o su Mecanismo Complementario como la jurisdicción para la solución de disputas, escogen una alternativa adicional a ser activada si estos mecanismos de resolución no están disponibles. En efecto, existen Estados que han consentido en el arbitraje *ad hoc* regido por el Reglamento CNUDMI. Así ocurre en los APPRI Venezuela-España y Venezuela-Alemania.

Este Reglamento guarda silencio sobre los binacionales. Se plantea entonces la necesidad de determinar si los tribunales arbitrales *ad hoc* regidos por

el Reglamento CNUDMI tienen o no jurisdicción para conocer las acciones iniciadas por los binacionales y, de ser el caso, qué requisitos debe satisfacer la nacionalidad que invocan.

Como ya dijimos, mediante laudo del 15 de diciembre de 2014 el tribunal del caso **Serafín y Karina García** —regido por el Reglamento CNUDMI— se declaró competente para tramitar y decidir los reclamos de estos dos binacionales, entre otras razones, debido a que no existía un impedimento que el Reglamento impusiese. Este tribunal arbitral se apartó del derecho internacional público tradicional y afirmó, como en el caso del APPRI Venezuela-España, que existía un nuevo sistema con reglas propias que permitía a los inversores binacionales reclamar a un Estado el incumplimiento de sus obligaciones. Entre estas últimas destaca la de pagar una indemnización adecuada en casos de expropiación de sus haberes.

Examinemos ahora el contenido de las decisiones que hemos enumerado en orden cronológico. Empezaremos por el laudo de jurisdicción y las decisiones de anulación sucedidas en el caso de **Serafín y Karina García**. Veremos luego el laudo de jurisdicción del caso **Heemsen** y, finalmente, el de **Manuel García y otros**.

## II. EL CASO SERAFÍN Y KARINA GARCIA

En este caso, como ya dijimos, el tribunal arbitral declaró a través del laudo de 15 de diciembre de 2014 que poseía jurisdicción para conocer el caso con base en el APPRI Venezuela-España. Los demandantes, Serafín García Armas y Karina García Gruber, eran binacionales. El arbitraje fue *ad hoc*, administrado por la CPA y se rigió por el Reglamento CNUDMI.

### A. La inaplicabilidad del artículo 25 del Convenio CIADI

Venezuela objetó la jurisdicción del tribunal alegando que los demandantes no estaban protegidos por el APPRI, pues su nacionalidad española era meramente formal y debía considerarse como efectiva a la venezolana.

El tribunal arbitral afirmó acertadamente que la inadmisibilidad para los binacionales establecida por el artículo 25 del Convenio CIADI y extensible al

<sup>10</sup> El artículo 71 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, Convenio CIADI) indica que la denuncia de este “producirá efecto seis meses después del recibo” de la notificación hecha al depositario del Convenio. Venezuela notificó la denuncia al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, depositario del Convenio el 24 de enero de 2012, por tanto ella produjo efecto el 25 de julio de 2012.

<sup>11</sup> Véase el caso *Michael y Lisa Ballantine c. República Dominicana* (2019).

Mecanismo Complementario no era aplicable a los arbitrajes que se rijan por el Reglamento CNUDMI. Expresó que “el Tribunal considera necesario enfatizar que la exclusión de los dobles nacionales establecida en el artículo 25(2) del Convenio CIADI no es aplicable a este procedimiento” (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párr. 193).

El tribunal arbitral señaló que Venezuela objetó inicialmente la aplicación del Reglamento CNUDMI, pero no insistió en tal objeción a partir del Acta de Constitución del procedimiento, la cual firmó espontáneamente. En consecuencia, “a juicio del Tribunal, no hay duda de que ambas Partes se sometieron *sponte sua* al Reglamento CNUDMI” (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párr. 189). Esta determinación es muy importante porque, como veremos, no ocurrió lo mismo en el caso de Manuel García y otros.

#### B. Un nuevo Derecho

El laudo afirmó que con los APPRI se ha puesto en vigencia un nuevo derecho sobre la protección de inversiones. Esta afirmación ha demostrado ser controversial como hemos de ver al comentar, más adelante, los otros laudos. El tribunal afirmó que el nuevo derecho se rige por los acuerdos suscritos por los Estados contratantes y no por las normas del derecho internacional consuetudinario. Los APPRI, afirmó el tribunal arbitral, son *lex specialis* y, por tanto, sus normas son de aplicación preferente en todos los asuntos que ellos regulan:

151. Desde entonces, como respuesta a esta nueva etapa de la economía mundial, se inició en el Derecho internacional una nueva era en materia de protección de inversiones [...] Este nuevo ordenamiento incluiría [...] la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias entre el inversor y el [E]stado receptor de la inversión.

[...] 153. La protección de los [APPRI] pretende ser más eficaz que la derivada del [d]erecho [i]nternacional consuetudinario.

[...] 154. [Un APPRI] es un instrumento especial, vigente únicamente entre las partes que lo celebran, que no está sujeto a la aplicación del [d]erecho [i]nternacional consuetudinario. Cada [APPRI] es un instrumento individual, redactado según el interés de sus signatarios, como [E]stados soberanos, en el momento de su celebración.

[...] 158. Lo dicho lleva al tribunal a la conclusión de que los [APPRI] constituyen *lex specialis* entre las partes que los celebran y así deben considerarse cuando se interpretan sus respectivos términos y condiciones para determinar los efectos de estos instrumentos sobre sus suscriptores (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, pp. 74-78) [el énfasis es nuestro].

#### C. El APPRI Venezuela-España no excluye a los binacionales

El laudo afirmó, creemos con acierto, que el APPRI Venezuela-España no excluye de manera expresa a los binacionales y, por tanto, no se puede imponer un impedimento que el APPRI no contempla. El laudo afirmó que cuando Venezuela (o España) han querido excluir de la protección de un APPRI a personas binacionales lo han hecho de manera expresa. Es solo en esos APPRI en los que la doble nacionalidad sería un impedimento. Lo dijo así:

180. El hecho de que Venezuela haya firmado [APPRI] con ciertos [E]stados en los cuales **excluyó de su aplicación a los nacionales de ambos países signatarios** [así es en los suscritos con Italia, Irán y Canadá] y otros en los cuales no lo hizo, evidencia que la excepción a su aplicación fue siempre efectuada en forma expresa y en tanto no fuera parte de compromisos recíprocos de los signatarios de los respectivos [APPRI] (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 88) [el énfasis es nuestro].

#### D. Según el laudo no es preciso demostrar que la nacionalidad es efectiva

El laudo desechó el argumento de Venezuela de que los García debían demostrar que su nacionalidad española era predominante y efectiva, pues el APPRI sencillamente no exigía ello. El laudo afirmó que les bastaba demostrar que poseían la nacionalidad española:

200. Por consiguiente, el tribunal considera irrelevante la caracterización que efectúa Venezuela de la nacionalidad española de los demandantes como “meramente formal”. **A los fines del APPRI, es suficiente con que posean la nacionalidad española.** Su texto no impone ninguna limitación a los dobles nacionales y no resulta posible privar de efectos a la nacionalidad otorgada libremente por un [E]stado y aceptada como válida por el otro (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 93) [el énfasis es nuestro].

#### E. Nacionalidad al momento de la inversión

Acerca de si es necesario tener la nacionalidad española para el momento en que se hizo la inversión:

La mayoría del tribunal no considera relevante [...] inquirir cuál era la nacionalidad de los demandantes en las fechas en las que efectuaron sus inversiones en Venezuela, por cuanto esas fechas no constituyen un factor determinante para decidir sobre la aplicación del [APPRI]. Efectivamente, los momentos relevantes para

poder invocar la protección del [APPRI] son: (a) la fecha en la que ocurrió la alegada violación [del APPRI]; y (b) la fecha en la cual se inicia el procedimiento arbitral [...] (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 97).

Esta opinión de la mayoría –compuesta por los árbitros Eduardo Grebler y Guido Tawil– no fue compartida por el tercer árbitro, Rodrigo Oreamuno.

El disenso de Oreamuno se fundamentó en la definición de inversores y de inversiones (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, pp. 101-103). Para él, para que haya una inversión protegida por el APPRI era preciso que la realizase un inversor español (en el caso que se analiza) y que este posea la nacionalidad española en el momento de la inversión.

A continuación, Oreamuno señaló que Serafín y Karina García tenían la nacionalidad española cuando hicieron sus inversiones o, al menos, una parte de dichas inversiones. Esta disidencia no concluyó proponiendo una decisión diferente a la de la mayoría, pero dejó marcada una precisión importante: era necesario poseer la nacionalidad española en el momento de hacer la inversión. Este último tema surgiría, de nuevo, en la acción de impugnación del laudo y sería la causa de su anulación definitiva.

#### F. La primera sentencia de anulación

Venezuela pidió la nulidad del laudo en la sede del arbitraje y, de esta forma, accionó ante la Cour d'appel de París<sup>12</sup>. Entre los motivos que invocó señaló que el tribunal arbitral no tenía competencia *rationae personae* porque los García eran binacionales y la nacionalidad venezolana era, en definitiva y para ambos, la nacionalidad efectiva.

En la sentencia del 25 de abril de 2017, esta corte de apelaciones invocó el artículo I del APPRI y las

reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena. Concluyó que a Serafín y Karina García les bastaba poseer la nacionalidad española, aunque poseyeran también la venezolana<sup>13</sup>.

La sentencia afirmó también que el APPRI Venezuela-España, a diferencia de otros tratados internacionales, no establece una categoría especial para las personas con doble nacionalidad y, por tanto, no cabe hacer una distinción que los Estados no quisieron establecer<sup>14</sup>.

La corte francesa descartó también –a nuestro juicio, con todo acierto– la nulidad del laudo pedida por Venezuela arguyendo que el APPRI Venezuela-España, al escoger el CIADI como una opción jurisdiccional, había establecido una inadmisibilidad absoluta de acciones intentadas por quienes poseyeran simultáneamente las nacionalidades española y venezolana. Así se expresó la corte de apelaciones parisina:

Considerando la circunstancia que Venezuela y España hayan escogido el arbitraje [CIADI] –que no permite la admisión de acciones de personas físicas que posean también la nacionalidad del [E]stado demandado– como una de las modalidades para la solución de diferencias con base en el [APPRI Venezuela-España], no puede deducirse como una prohibición absoluta para los que poseen doble nacionalidad, porque también se ha previsto el arbitraje ad hoc de acuerdo con el reglamento de la CNUDMI que no prevé esa inadmisibilidad (Sentencia 15/01040, 2017, p. 6)<sup>15</sup>.

La sentencia terminó por anular el laudo, pero solo parcialmente. La anulación se produjo porque –de acuerdo con la sentencia– el laudo decidió que los activos litigiosos son inversiones de acuerdo con el APPRI “sin tomar en cuenta la nacionalidad de los

<sup>12</sup> Aunque la corte se denomine de apelación, es ante ella que se intentan los recursos de nulidad de laudos arbitrales internacionales cuando París es la sede del arbitraje.

<sup>13</sup> El texto en francés dice así:

Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte de cette règle, ni d'aucun principe d'interprétation, qu'il conviendrait de distinguer la ou un texte ne distingue pas; que, contrairement à ce que soutient la République du Venezuela, les termes mêmes de l'article I précité du TBI ne font ressortir aucune exclusion des bi-nationaux et l'économie générale de cet instrument international ne fait pas davantage apparaître qu'un sort particulier doive leur être réservé (2017, p. 6).

<sup>14</sup> El texto en francés dice así: “Le TBI hispano-vénézuélien, contrairement à d'autres instruments internationaux, ne fait pas un sort particulier aux bi-nationaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n'ont pas entendu y insérer” (2017, p. 6).

<sup>15</sup> El texto en francés dice así:

Considérant que la circonstance que le Venezuela et l'Espagne aient fait de l'arbitrage sous l'égide du CIRDI - qui n'admet pas la recevabilité des requêtes de personnes physiques possédant également la nationalité de l'État défendeur -, l'une des modalités du règlement des différends en vertu du TBI ne saurait s'analyser comme une volonté d'exclure dans tous les cas les recours des bi-nationaux contre l'État dont ils ont la nationalité, alors qu'a été également prévu un arbitrage ad hoc suivant le règlement de la CNUDCI, qui ne prévoit pas une telle irrecevabilité.

inversores en la fecha en que procedieron a hacer sus inversiones” (2017, p. 9)<sup>16</sup>.

Exigir que la nacionalidad española exista en el momento de hacer la inversión (y no solo al momento de la confiscación de los bienes y al momento de iniciar la acción arbitral), deriva del inciso a del numeral 1 del artículo contenido en el APPRI Venezuela-España. Aquel, al definir el término “inversores” indica que se trata de **“personas físicas que tengan la nacionalidad** de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y **realicen [i]nversiones** en el territorio de la otra Parte Contratante” (1995) [el énfasis es nuestro]. De allí puede deducirse que **debe tenerse la nacionalidad española cuando se realice una inversión en Venezuela**. Recuérdese que el árbitro Rodrigo Oreamuno, en el laudo de jurisdicción ya había apuntado este tema (*Serafin García Armas y Kari-na García Gruber c. Venezuela*, 2014).

#### G. La sentencia de casación

Pero esta sentencia de anulación fue, de seguidas, casada el 13 de febrero de 2019 por la Cour de Cassation francesa a instancias de Venezuela. No fue debido a que los García fueran binacionales: la casación se produjo porque la sentencia de la Cour d’appel no podía pronunciar una anulación parcial. En tal sentido, se dijo que la aplicación de la cláusula de arbitraje del APPRI “depende de la ocurrencia de un conjunto de condiciones sobre la nacionalidad del inversionista y la existencia de una inversión, de manera que la corte de apelación no podía proceder a una nulidad parcial” (Sentencia A-17-25.851, 2019, p. 3)<sup>17</sup>.

Así, la Cour de Cassation anuló íntegramente la sentencia de la Cour d’appel y repuso “la causa y las partes a la situación en que se encontraban antes de la dicha sentencia y [...] los [reenvió] ante la corte de apelación de París” (Sentencia A-17-25.851, 2019, p. 4)<sup>18</sup>.

#### H. La segunda sentencia de anulación

Venezuela insistió en anular al laudo sobre jurisdicción de 2014. La Cour d’appel de París, ahora como tribunal de reenvío y con una composición distinta, conoció nuevamente el asunto<sup>19</sup>. La Corte dictó sentencia el 3 de junio de 2020 y, como era de esperar, siguiendo la doctrina de casación, anuló la totalidad del laudo. La sentencia se expresó así:

Se desprende de los términos del BIT en su significado ordinario, sin necesidad de que los términos sean interpretados, que la inversión protegida por el Tratado es un activo invertido por un inversor de la otra parte contratante, de modo que la inversión que justifica la competencia *rationae materiae* del tribunal arbitral es el hecho por un **inversionista que tiene la nacionalidad de la otra parte contratante**, en virtud de su legislación, **en la fecha en que realice esa inversión** en el territorio de la otra parte (Sentencia 19/03588, 2020, párr. 51) [el énfasis es nuestro].

Al no existir evidencias de esa doble circunstancia —nacionalidad española al mismo tiempo de hacer la inversión— el laudo fue anulado totalmente. Destacamos que la doble nacionalidad no fue el motivo de la nulidad del laudo sobre jurisdicción.

#### I. El laudo arbitral sobre el fondo

Mientras se tramitaban la acción de nulidad y el recurso de casación, el tribunal arbitral continuó el trámite del proceso arbitral y el 26 de abril de 2019, dictó un laudo sobre el fondo. En este laudo se condenó a Venezuela a pagar a los demandantes US \$ 367 millones como indemnización por las expropiaciones de sus propiedades<sup>20</sup>.

Los abogados de Venezuela afirman que este laudo quedará sin efecto con la sentencia producida en París el 3 de junio de 2020 (Sanderson & Perry, 2020).

<sup>16</sup> El texto en francés dice así:

Considérant qu’il résulte de tout ce qui précède que la sentence doit être annulée, mais seulement en tant qu’elle décide que les actifs litigieux sont des investissements au sens du traité, sans considération de la nationalité des investisseurs à la date où ils ont procédé à leurs investissements.

<sup>17</sup> El texto en francés dice así:

Qu’en statuant ainsi, alors que l’applicabilité de la clause d’arbitrage déduite du traité bilatéral dépend de la réalisation de l’ensemble des conditions requises par ce texte sur la nationalité de l’investisseur et l’existence d’un investissement, de sorte que la cour d’appel, qui ne pouvait procéder à une annulation partielle de la sentence, n’a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé.

<sup>18</sup> El texto en francés dice así: “remet, en conséquence, la cause et les parties dans l’état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d’appel de Paris”.

<sup>19</sup> Al respecto, véase Sanderson (8 de mayo de 2019).

<sup>20</sup> Véase la nota al pie 18.

Sin embargo, los abogados de los demandantes afirman que el laudo de abril de 2019 toma en cuenta únicamente bienes que fueron adquiridos cuando los García ya tenían la nacionalidad española y que, por tanto, han de subsistir<sup>21</sup>. Así las cosas, el debate entre las partes persiste y el caso no parece haber concluido.

### III. EL CASO HEEMSEN

El 29 de octubre de 2019, el tribunal arbitral constituido de acuerdo con el Reglamento CNUDMI y la CPA dictó su laudo de jurisdicción en el caso de *Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*. Los demandantes invocaron la aplicación del APPRI Venezuela-Alemania expresando ser binacionales alemanes y venezolanos.

El tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer de la acción intentada por los Heemsen para obtener una indemnización por la expropiación de sus terrenos, los cuales estuvieron situados en las inmediaciones de la ciudad de Puerto Cabello, el puerto más importante de Venezuela. Los Heemsen alegaron que el gobierno venezolano no les había pagado compensación alguna.

#### A. Falta de jurisdicción *rationae voluntatis*

Venezuela, al contestar la demanda, opuso la falta de jurisdicción del tribunal arbitral alegando *–rationae voluntatis–* que no había consentido en el arbitraje CNUDMI para resolver esa controversia. También alegó que la doble nacionalidad de los Heemsen les vedaba esa acción.

Venezuela invocó el artículo 10 del APPRI Venezuela-Alemania, completado por disposiciones de un Protocolo que se suscribió al mismo tiempo y que está inserto a seguidas del texto del APPRI. El tribunal arbitral, con la idea de hacer más manejables las normas sobre jurisdicción en el APPRI, las integró de la siguiente manera:

Artículo 10:

[...]

2. Si una controversia no pudiese ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya hecho valer, será sometida, a petición del nacional o de la sociedad, a un **procedimiento arbitral**. En la medida en que las partes en la controversia no lleguen a un arreglo en otro sentido, la controversia se someterá a un procedimiento arbitral conforme al Convenio [CIADI] del 18 de marzo de 1965.

[...]

Protocolo

[...]

4) Ad artículo 10:

(a) **Mientras la República de Venezuela no se haya hecho Parte** del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre [E]stados y Nacionales de otros [E]stados de 18 de marzo de 1965, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral ante el [CIADI] conforme a las reglas que rigen el **Mecanismo Complementario** [...], en cuanto las partes en la controversia no hayan llegado a otro arreglo. (b) En caso de que no fuera posible recurrir al procedimiento arbitral conforme a las Reglas sobre el Mecanismo Complementario, la controversia será sometida, a petición del nacional o de la sociedad, a un procedimiento arbitral ad-hoc, según la Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 18, párr. 92) [el énfasis es nuestro].

Para Venezuela, estas normas del APPRI significan que el único consentimiento incondicionado que las partes contratantes expresaron es el otorgado para que el accionante acuda al CIADI. Bajo esta postura, las otras jurisdicciones —esto es, el Mecanismo Complementario y el arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI— fueron operativas solo durante el período pre-CIADI, es decir, mientras Venezuela todavía no formaba parte del tratado CIADI (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 19, párr. 93). Si la norma aún estuviese vigente luego que Venezuela abandonara el CIADI en 2012, los demandantes podrían y deberían acudir al Mecanismo Complementario y, por tanto, no tenían derecho a acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI.

La demandante, por su parte, alegó que podía acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI cuando no fuera posible recurrir al Mecanismo Complementario. Precisamente esta última es la situación que aquí ocurría debido a la doble nacionalidad de los señores Heemsen, la cual les impedía acudir al Mecanismo Complementario.

El tribunal arbitral consideró muy exagerado el alcance que pretendían otorgar los demandantes al uso del término “procedimiento arbitral”. Según ellos, tal postura permitiría deducir que Venezuela habría consentido someter las controversias a cualquier mecanismo de arbitraje existente sin condición ni limitación alguna (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 96, párr. 371).

<sup>21</sup> *Idem*.

## B. Improcedencia del arbitraje *ad hoc*

El tribunal arbitral consideró que los inversores alemanes solo pueden acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI si se dan dos condiciones concurrentes: (i) mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte del Convenio CIADI; y, (ii) si no fuere posible recurrir al procedimiento arbitral conforme a las Reglas sobre el Mecanismo Complementario (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 96, párr. 374).

Ante la pregunta “¿cabe equiparar dicha inadmisión motivada por la doble nacionalidad de los demandantes a una imposibilidad según el artículo 10(b) del Protocolo?” el tribunal se respondió que no, “porque encuentra distinta la situación en la que no se puede recurrir a un procedimiento a aquella situación en la que se haya recurrido a un procedimiento, pero en el cual la solicitud de iniciar el arbitraje haya sido denegada” (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 100, párr. 395).

El tribunal arbitral afirmó con el mismo predicamento:

397. En efecto, implicaría admitir que, los [E]stados Contratantes hubiesen pactado otorgar protección a los binacionales únicamente cuando el sistema de resolución de conflictos elegido a título principal –el CIADI– no es aplicable, durante un período excepcional, que fuese solo pre-CIADI como lo entiende el tribunal o también post-CIADI, como lo han alegado los demandantes, y únicamente por la vía del último de los tres foros de resolución de controversias previstos por el Tratado.

398. El tribunal encuentra muy poco probable que tal haya sido la voluntad común de las Partes Contratantes.

399. En virtud de todo lo anterior, el tribunal considera que no se cumple ninguna de las dos condiciones cumulativas bajo las cuales la demandada ha consentido someter controversias a un procedimiento arbitral *ad hoc* según el Reglamento CNUDMI. No se cumple la condición temporal y, a mayor abundamiento, tampoco se cumple la condición de que no fuera posible recurrir al Mecanismo Complementario (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 101, párr. 399).

En nuestra opinión el tribunal arbitral yerra porque es evidente que las partes, en el artículo 10.2 arriba copiado, escogieron el arbitraje como modo de solución de controversias. El tribunal debió pronunciarse a favor de la opción que les permitía ir a arbitraje y no por aquellas que lo hacían inadmisibles.

## C. Falta de jurisdicción *rationae personae* y *rationae materiae*

Las consideraciones anteriores bastaban para que el tribunal arbitral declarase su falta de jurisdicción y, por tanto, no le fuese necesario pronunciarse sobre la jurisdicción *rationae personae* y *rationae materiae*. No obstante, el tribunal arbitral estimó oportuno pronunciarse, *obiter dicta*, sobre el tema de la doble nacionalidad de los reclamantes para negarles la posibilidad de invocar el APPRI Venezuela-Alemania.

El tribunal señaló que no podía ignorar el preámbulo del APPRI Venezuela-Alemania ni que existiesen diversos APPRI que se refiriesen a “una Parte Contratante” y a la “Otra Parte Contratante” para garantizar que el inversionista protegido sea un nacional extranjero y no un nacional del Estado receptor (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 105, párr. 415).

El tribunal arbitral destacó que el inciso 2 del artículo 10 establece que si la controversia no puede ser dirimida amigablemente, ella será sometida a petición del nacional a un procedimiento arbitral que, salvo acuerdo en contrario, debe ser conforme al Convenio CIADI. Ocurre que el Convenio CIADI, incorporado al APPRI Venezuela-Alemania por referencia, no permite reclamos planteados por binacionales.

Para el tribunal arbitral el concepto de **nacional** debe ser interpretado como un natural que tenga la nacionalidad de una de las partes contratantes, pero que no tenga simultáneamente la nacionalidad de la otra parte contratante. El tribunal arbitral consideró que sostener lo contrario implicaría asumir que el APPRI protege a binacionales pero que estos no pueden valerse de la cláusula de resolución de disputas. Estimó que dicha interpretación conduciría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 105, párrs. 417-418).

Consideramos que el tribunal arbitral se equivoca. Es cierto que los binacionales no pueden acudir a las dos opciones CIADI; sin embargo, sí pueden recurrir a la tercera opción de arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI. Por tanto, no se puede concluir que los binacionales quedaron excluidos del arbitraje pues por lo menos una de las opciones les permite hacerlo.

## D. La doble nacionalidad bajo los APPRI

El tribunal arbitral se preguntó cómo debía resolverse el asunto de la doble nacionalidad fuera de la protección diplomática, que era la situación

planteada por los hermanos Heemsen quienes actuaban de manera directa contra Venezuela. Reconoció que el derecho internacional había evolucionado y que los dobles nacionales podían ser protegidos cuando la nacionalidad invocada fuera predominante.

El tribunal arbitral se expresó así:

Si el tribunal hubiese tenido que resolver la objeción *rationae personae* planteada por la demandada, hubiera constatado (i) que la elección del CIADI como foro principal es un claro indicador de que las Partes Contratantes excluyeron la protección a los dobles nacionales; (ii) que el análisis de la objeción debería realizarse de conformidad con la aplicación de los principios de derecho internacional contemporáneo sobre las cuestiones de doble nacionalidad; y (iii) que la nacionalidad venezolana es la nacionalidad dominante y efectiva de los demandantes (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 110, párr. 442).

Creemos que el tribunal arbitral rescribió el APPRI al imponer limitaciones que su texto no establece.

#### E. La dura condena en costas

El tribunal arbitral terminó el laudo declinando su jurisdicción y condenando a la demandante a pagar los gastos de representación y asistencia legal de Venezuela que alcanzaron a US \$ 2'518,886.59, más intereses calculados desde el 29 de noviembre de 2019 hasta la fecha del pago efectivo a la tasa Libor US\$ a 12 meses (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 113, párr. 455). Sin duda, una dura condena para una situación que estaba precedida por al menos una decisión en sentido contrario.

#### IV. EL CASO MANUEL GARCÍA Y OTROS

El 13 de diciembre de 2019, el tribunal arbitral regido por las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y constituido bajo los auspicios de la CPA dictó el laudo sobre jurisdicción en el caso de Manuel García y otros.

Los demandantes, al igual que en el caso de Serafín y Karina García, buscaban obtener el pago de indemnizaciones por las expropiaciones de sus inversiones en diversas empresas que operaban en Venezuela.

#### A. La sede y las costas

El tribunal arbitral fijó como sede La Haya. Nótese que en el caso de Serafín y Karina García la sede fijada fue París, lo que nos traerá una relevante diferencia para los eventuales recursos que puedan intentarse contra el laudo. Esto debido a que mientras la legislación arbitral holandesa no contempla como causal de anulación la decisión errada del tribunal arbitral sobre su propia jurisdicción, la francesa sí lo hace (artículo 1520.1 del Código de Procedimiento Civil). Es por ello que en Francia el tribunal que conoce de la anulación tiene total libertad para revisar la motivación y la decisión del tribunal arbitral (Loquin, 2015, p. 422).

Si bien el tribunal arbitral<sup>22</sup> declinó su jurisdicción y declaró con lugar la oposición de Venezuela, fue más benévolo con los demandantes. Les impuso pagar los gastos comunes del arbitraje; sin embargo, a diferencia del caso Heemsen, les eximió de soportar los gastos de la representación legal de Venezuela (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 179, párr. 752).

#### B. El foro internacional

En su análisis el tribunal arbitral comenzó por indicar que los tribunales arbitrales de inversión, como todo tribunal internacional, son de jurisdicción limitada. Afirmó que debido a que no existe en el plano internacional un poder centralizado que someta a los Estados a un tribunal con competencia general, los Estados debían en cada caso consentir ser juzgados (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 144, párr. 629).

El tribunal también consideró que no le corresponde corregir una percibida injusticia si se “priva al inversor de su derecho a recurrir al arbitraje” o se “deja [a] los demandantes sin un foro real y efectivo en el cual presentar sus reclamos” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 145, párr. 631).

Además, se dijo que la tarea del tribunal arbitral no es otorgar un remedio ante cada injusticia alegada que se perciba, sino decidir el caso de acuerdo con el instrumento “redactado por las Partes Contratantes, aplicando las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 145, párr. 633).

<sup>22</sup> El tribunal arbitral estuvo integrado por José Emilio Nunes Pinto, como presidente, y, como árbitros, Enrique Gómez-Pinzón y Santiago Torres Bernárdez.

### C. La interpretación del APPRI y el derecho internacional

Para la interpretación del APPRI, el tribunal arbitral destacó que ambas partes concordaron en la aplicación de las normas de la Convención de Viena (en adelante, CVDT) pese a que Venezuela no forme parte de ella (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 147, párr. 640).

El tribunal arbitral destacó que el artículo 31 de la CVDT no establece la primacía del sentido literal de los términos del APPRI como alegaron los demandantes. Se debía considerar la buena fe, el sentido corriente de sus términos, su contexto, el objeto y fin del tratado. Si la CVDT hubiese dispuesto una interpretación literal sin más, así lo habría establecido (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 147, párr. 641).

En particular, uno de los elementos sobre los cuales hubo divergencia entre las partes y los expertos legales que contrataron fue determinar cuáles son las normas del derecho internacional relevantes al interpretar el artículo I del APPRI que define el término de “inversor”. El profesor Schreuer, experto propuesto por los demandantes, afirmó que es debatible que las “reglas aplicables a las personas con doble nacionalidad, desarrolladas en el contexto de la protección diplomática, representen un derecho internacional consuetudinario general relevante a los fines [...] de la CVDT”. Por el contrario, el profesor Pellet, experto propuesto por los demandantes, sostuvo que como “regla de derecho internacional consuetudinario, el principio de la nacionalidad efectiva y dominante forma parte de dichas normas [pertinentes]” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 149, párr. 646).

El tribunal consideró que para analizar el estado del derecho internacional relevante cuando se interpreta el artículo I del APPRI lo primero que debe hacerse es establecer el contenido y el alcance del derecho internacional alegado (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 149, párr. 647). De esta forma, en las obligaciones sustanciales o materiales de los Estados —tales como otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad o trato nacional, entre otros— se requiere la aplicación del derecho internacional en su Estado en el momento de la alegada violación. En otras palabras, el estándar mediante el cual se determina el contenido de las mencionadas obligaciones del Estado es un estándar evolutivo (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 152, párr. 655).

A su vez, estimó que no se puede afirmar lo mismo respecto de los aspectos jurisdiccionales de los arbitrajes de inversión. El tribunal resaltó varios casos<sup>23</sup> en los que se aplicó el principio de contemporaneidad en la interpretación de los tratados pertinentes, para los temas de jurisdicción, en oposición a la interpretación evolutiva (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 152, párr. 656).

En todo caso, el tribunal arbitral afirmó que tendría en cuenta tanto el estado del derecho internacional cuando entró en vigor el APPRI Venezuela-España (1995) así como el estado del derecho internacional al adoptarse las medidas que los demandantes alegaron violatorias del mismo (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 153, párr. 658).

No tenemos dudas acerca de que los APPRI existen dentro del contexto del derecho internacional. Pero creemos, a efectos de lo que analizamos aquí, que el tema planteado es si el APPRI Venezuela-España excluye a los binacionales. Está claro que no lo hace expresamente y habría que encontrar y explicar las razones que justifican su exclusión.

### D. Los reclamos de binacionales en el derecho internacional

El tribunal arbitral quiso examinar si en el ámbito del derecho internacional del arbitraje de inversión existía una *lex specialis* que habilitó los reclamos de los binacionales contra los Estados de los cuales son nacionales sin restricciones, tal como lo habían alegado los demandantes (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 162, párr. 692). Al respecto, opinó que era más que dudoso que la evolución del derecho internacional sobre arbitraje de inversiones permitiese esto.

Según ellos, habilitar los reclamos de dobles nacionales sin restricciones otorgaría indudablemente una mayor garantía a los inversores, pero también multiplicaría la incertidumbre de los Estados receptores sobre cuáles inversiones quedarían a la merced de que uno de sus nacionales pudiese en cualquier momento alegar su extranjería con objeto de desplazar a la esfera internacional un asunto puramente local (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 164, párr. 698).

Asimismo, descartó el alegato de los demandantes que citaron los casos *Barcelona Traction* (1970) y *Ahmadou Sadio Diallo* (2017) llevados ante la Corte Internacional de Justicia. Sobre la base de

<sup>23</sup> Al respecto, véanse los casos *RosInvestCo c. Rusia*; *Wintershall c. Argentina*; *ICS c. Argentina*; y *Daimler c. Argentina*.

ellos sostuvieron que las reglas del derecho internacional en general y de la protección diplomática en particular eran inaplicables en materia de arbitrajes de inversión debido a que el régimen creado por los APPRI seguía una naturaleza separada. Expresó que esa no era la conclusión que se derivaba esas sentencias. Para el tribunal arbitral, no se desprende de *Diallo* que el derecho internacional general sea irrelevante en el arbitraje de inversión. Así, los tratados entre Estados sobre inversiones, se regirían por las disposiciones del tratado en cuestión y por el derecho internacional general.

#### E. La supuesta autonomía de los APPRI

El tribunal arbitral explicó que una *lex specialis*, como un APPRI, no se puede disociar de la naturaleza y finalidad de la ley general que se propone modificar, sustituir, actualizar o derogar, pues

ninguna ley, tratado o costumbre se aplica en el vacío, por especial que sea la materia que trate o por limitado que sea el número de Estados a que afecte [...] su entorno normativo incluye no sólo cualquier ley general que exista sobre la misma materia sino también los principios [...] pertinentes, sus derechos y obligaciones básicos y las formas a través de las cuales esos derechos y obligaciones se pueden completar, modificar o extinguir (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 166, párr. 702).

El tribunal arbitral afirmó también que el término “régimen autónomo” —en el que supuestamente podría integrarse el nuevo derecho de inversiones— resultaba engañoso pues ningún régimen jurídico se aísla del derecho internacional general.

Siguiendo esta postura, expresaron que los principios importados de la costumbre internacional general se aplican salvo derogación expresa. En otras palabras, el arbitraje internacional de inversiones no es una esfera enteramente divorciada del derecho internacional general. Máxime cuando, como en el presente caso, el APPRI Venezuela-España exige en su numeral 4 inciso “b” del artículo XI que el tribunal aplique las “reglas y principios de Derecho Internacional” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 166, párr. 704).

El tribunal arbitral afirmó que el derecho internacional general rechaza que los dobles nacionales reclamen sin restricciones contra uno de los Estados cuya nacionalidad ostentan y afirmó que en el APPRI Venezuela-España no hay una norma que exprese lo contrario (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 167, párr. 705).

#### F. El concepto de inversor en el APPRI

El tribunal arbitral afirmó que el término “inversor” inserto en el numeral 1 inciso a del artículo I del APPRI debe interpretarse no solo a partir de lo dicho en esa específica norma, sino también de acuerdo con el contexto del APPRI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 167, párr. 709). En particular, destacó la relevancia que tiene el artículo XI al contener los modos de solución de disputas.

El primer inciso del comentado artículo dispone que toda controversia que surja entre un “inversor de una Parte Contratante” y la “otra Parte Contratante” será resuelta, en la medida de lo posible, mediante un acuerdo amistoso (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 168, párr. 710). Si en seis meses no hay tal acuerdo, el inversor tiene dos opciones: acudir a la vía judicial del país receptor o a la vía arbitral.

Si se decide acudir a la vía arbitral, el inversor afectado deberá ir, en primer lugar, al CIADI solo si ambos Estados sean miembros de este. Si uno de ellos no se ha adherido al CIADI, el inversor ha de acudir al Mecanismo Complementario del CIADI.

Hay otra opción arbitral posible “**si por cualquier motivo no estuvieran disponibles** [las instancias del CIADI o su Mecanismo Complementario], o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido conforme al Reglamento [CNUDMI]” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 168, párr. 713) [el énfasis es nuestro].

Para el laudo el arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI se ofrece como posibilidad, pero solamente si los modos del sistema CIADI no se encuentran disponibles. Dice el laudo que, en el APPRI, “estas posibilidades están **yuxtapuestas** y por lo tanto una está vinculada a la otra” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 719) [el énfasis es nuestro].

El laudo indicó que era preciso definir el término **disponible**. Señaló que

la particularidad del CIADI —como organismo internacional— y del Mecanismo Complementario —concebido, no por un tratado, sino por voluntad del CIADI— exige que el término “**por cualquier motivo**” sea acotado a “aquellas situaciones en las que el CIADI, o su Mecanismo Complementario, **no se encuentran disponibles por circunstancias propias del CIADI** (e.g. disolución por decisión de sus Estados Miembros), de su Mecanismo Complementario (e.g.

eliminación por decisión del CIADI), o de las Partes Contratantes (e.g. por denuncia o no ratificación del Convenio CIADI) (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720) [el énfasis es nuestro].

Esta interpretación se vería reforzada por el hecho de que la alternativa restante —esto es, el arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI— no requiere de ningún factor o circunstancia externa para poder ser llevada a cabo. Este es el aspecto diferenciador de este respecto de aquellos bajo el Convenio CIADI o el Mecanismo Complementario, que requieren que el CIADI o su Mecanismo Complementario existan y que alguna de las Partes Contratantes sea Estado Miembro del CIADI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720).

El laudo explica que se impone la prioridad u obligatoriedad de los arbitrajes bajo el Sistema CIADI y, por ende, el principio de no responsabilidad<sup>24</sup> allí contenido permea el APPRI. Mediante la referencia al Sistema CIADI, las Partes Contratantes “han implícita, pero necesariamente, excluido a los dobles nacionales [españoles-venezolanos] del ámbito de aplicación del TBI” (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720). La consecuencia práctica de dicha conclusión sería que la definición de **inversor** en el APPRI no posea diferentes significados según el foro al cual se recurra.

#### G. La relevancia de las decisiones de otros tribunales

Los demandantes pusieron de relieve la jurisprudencia que les era favorable en cuanto a la cuestión de la jurisdicción *rationae personae*. Citaron varias decisiones y, en particular, destacaron la del tribunal de arbitraje en el caso *Serafín García Armas* y la posterior decisión de la Cour d’appel de París sobre el recurso de anulación presentado por Venezuela (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 172, párr. 726).

El tribunal arbitral destacó que en el caso **Serafín y Karina García** la regla de la doble nacionalidad del numeral 2 del artículo 25 del Convenio CIADI no resultaba aplicable pues la demandada había aceptado la aplicación del Reglamento CNUDMI (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párrs. 189-191). En cambio en el caso de **Manuel García y otros**, lejos de aceptar la aplicación del Reglamento CNUDMI de arbitraje, presentó una objeción *rationae voluntatis* fundamentada pre-

cisamente en la jerarquía de foros del artículo XI del APPRI y en la disponibilidad del sistema CIADI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 172, párr. 727).

Este tribunal afirmó que

aun si la instancia arbitral del CIADI hubiera estado disponible según el Mecanismo Complementario [...] el Reglamento de tal Mecanismo Complementario [...] [determina que el] artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI [que excluye a los dobles nacionales] es aplicable, salvo acuerdo en contrario (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 172-179, párr. 728).

Asimismo, explicó que las opciones ofrecidas en el artículo XI del APPRI obedecían a un orden jerárquico elegido por España y Venezuela para que las disputas se diriman, como primera opción, en el marco del sistema del CIADI. Por ello, para el tribunal arbitral, es evidente que aquellas disputas en las cuales el demandante posea la nacionalidad del Estado demandado no podrán ser dirimidas bajo el Reglamento CNUDMI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 172-179, párr. 728).

El tribunal arbitral expuso su desacuerdo radical con la proposición aceptada por el tribunal del caso *Serafín García Armas* acerca de que los APPRI no están sujetos a la aplicación del derecho internacional consuetudinario. Por definición, todo tratado está regido por el derecho internacional general o consuetudinario.

#### H. La nacionalidad dominante de los demandantes

El tribunal determinó que, en virtud del principio de la nacionalidad dominante, podía afirmarse que los demandantes eran predominantemente venezolanos, pues tampoco los demandantes alegaron en momento alguno que su nacionalidad dominante fuese la española. Era en Venezuela donde los demandantes residían, donde establecieron sus lazos familiares y criaron a sus hijos, donde ejercieron sus derechos políticos y donde tenían el centro de su actividad económica. Para algunos de ellos, este era incluso el país donde nacieron. En consecuencia, no podían ser calificados como inversores protegidos por el APPRI Venezuela-España (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 174-175, párrs. 734-737). Obsérvese, no obstante, que este APPRI no exige que la nacionalidad invocada sea dominante.

<sup>24</sup> Se refiere al artículo 25 del Convenio CIADI.

## I. Las conclusiones del laudo

El tribunal arbitral determinó que no existía en el derecho internacional o en el APPRI una habilitación para que un Estado pueda ser demandado por uno de sus propios nacionales ante un tribunal internacional si detentaba también otra nacionalidad. Se concluyó que al determinar su oferta y jerarquía de foros (que incluyen como opción principal un arbitraje bajo el Convenio CIADI o el Mecanismo Complementario), el APPRI Venezuela-España protegía a los dobles nacionales hispano-venezolanos frente a España o Venezuela, independientemente de su nacionalidad dominante.

Esta fue la regla que el tribunal consideró que España y Venezuela adoptaron cuando suscribieron el Convenio CIADI e inauguraron el actual sistema de protección de inversiones y de arbitraje de inversión en sus relaciones mutuas. Esta misma regla también habría sido la adoptada por España y Venezuela cuando concluyeron el APPRI en el que se refirieron al Derecho Internacional general y al Convenio CIADI.

El tribunal arbitral expresó que no era indiferente a la evolución ni a las conclusiones a las que han llegado otros tribunales internacionales y la CDI en la materia. Pero señaló que incluso si se admitiera que los dobles nacionales hispano-venezolanos fuesen inversores protegidos por el APPRI, solo lo serían en la medida que sus reclamos estuviesen dirigidos contra el Estado al que pertenecieran de forma no dominante. Sin embargo, en el presente caso, los demandantes han dirigido su reclamo contra Venezuela, es decir, contra el Estado de su nacionalidad dominante.

Por esto, resolvió por unanimidad acoger las excepciones *rationae voluntatis* y *rationae personae* alegadas por la demandada y declinar su jurisdicción.

## V. RECOPIACIÓN Y PERSPECTIVAS

Con el laudo de jurisdicción en el caso de **Serafín y Karina García** parecía abrirse un camino para que los binacionales pudiesen reclamar por la vía arbitral a Venezuela por sus confiscaciones arbitrarias u otras violaciones del APPRI Venezuela-España y otros acuerdos semejantes. Sin embargo, si bien es cierto que sujetos a las decisiones finales de ese caso aún no concluido, pareciera ser que esta posibilidad se ha reprobado.

### A. El peso de la tradición

Al tema de la doble nacionalidad le acompaña una carga histórica. Cuando se ejercía la protección diplomática para disputas de inversionistas contra

Estados receptores, no era posible que un Estado la ejerciera para beneficio de los binacionales.

Sin embargo, la evolución de esta materia permitió la reclamación del Estado de una de las nacionalidades, siempre que aquella fuese efectiva y dominante. Así ocurrió en los reclamos contra Venezuela llevados entre 1903 y 1905, y el laudo del caso *Canevaro* en 1912. La Corte Internacional de Justicia se pronunció en el mismo sentido en el caso *Nottebohm* en 1955 (*Liechtenstein c. Guatemala*), como lo hizo también una comisión mixta compuesta por estadounidenses e italianos en el caso *Mergé* (Decisión 55, 1955). El tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos, actuando en pleno, se sumó a esta postura y expresó que había de preferirse la nacionalidad dominante y efectiva (caso *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*). Hemos visto también que el proyecto de Convención Internacional que la CDI elaboró en 2006 admite la protección diplomática para los binacionales siempre que el Estado que la ejerza sea el de la nacionalidad predominante.

Por todo esto, parecía haber un consenso: para que una nacionalidad pueda ser invocada en detrimento de otra que también poseyese una persona natural, debía reunirse la doble condición de dominante y efectiva o predominante. Esto abrió una vía para los binacionales en el campo de la protección diplomática.

### B. Las nuevas normas y los criterios de interpretación

Creemos que con la aparición de los APPRI estamos en un mundo jurídico diferente. Si bien el laudo **Serafín García Armas** sobre jurisdicción ha quedado anulado, la nulidad no se produjo en razón de la doble nacionalidad de los reclamantes. La nulidad se produjo porque ellos no tenían nacionalidad española al tiempo de hacer sus inversiones o una porción de estas.

Uno de los postulados centrales de ese laudo es estimar que los APPRI han de interpretarse por sí mismos de acuerdo con su texto y apartándolos de las superadas reglas de la protección diplomática. Para ese tribunal arbitral no está permitido agregar a los APPRI términos y exigencias que ellos no contienen. Por tanto, en aquellos APPRI en los que no se priva de protección a los binacionales, las protecciones allí acordadas pueden ser ejercidas por ellos. Pero como vimos estos argumentos, fueron tajantemente desechados en los dos laudos posteriores de **Heemsen** y **Manuel García y otros**.

Ante la diversidad de criterios que se expresan en estos tres laudos, ¿cuál ha de ser el camino que

debe tomar un binacional? Como se ha visto, si se aventura por iniciar un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI corre el riesgo de que no solo su demanda decaiga por ausencia de jurisdicción, sino también de que se le imponga una severa y quizá injusta condena en costas como ocurrió el caso **Heemsen**.

Una de las críticas más frecuentes a la estructura actual del arbitraje de inversiones es lo impredecible que son los resultados de los procesos. Las conclusiones expuestas en los laudos dictados por los diferentes tribunales arbitrales en sus distintas versiones, constituidos de acuerdo con las reglas del CIADI, del Mecanismo Complementario, *ad hoc* con el Reglamento CNUDMI, de la Cámara de Comercio Internacional u otros centros arbitrales, son tan diversas como son los miembros que los conforman, provenientes de diferentes países del mundo, con diversas ideologías, con distintas formaciones jurídicas y de distintos campos del derecho.

La profesora australiana Anthea Roberts estima que en el arbitraje de inversiones se entremezclan raíces procedentes del Derecho Internacional Público, así como del Derecho Internacional Privado, con partícipes provenientes del Derecho Privado y del Arbitraje Comercial Internacional. Cada uno intenta imponer su disciplina, produciéndose lo que ella denomina “*the clash of paradigms*”. En adición, nos encontraríamos ante un área del Derecho núbil, a la que le falta desarrollo teórico y doctrinario. Dice así:

Los tratados de inversión han sido escritos con brevedad y con alguna vaguedad y al sistema le falta desarrollo teórico y de doctrina. Por ello, los participantes rutinariamente hacen comparaciones con otros campos del Derecho para llenar vacíos, colmar ambigüedades o entender la naturaleza del sistema. [...] El sistema de los tratados de inversión está en una etapa primaria de su evolución [...] la mayoría de los laudos han sido dictados en los últimos [...] años [...]. El sistema está en la intersección de muchos campos y alcanzará la edad adulta cuando se haga un mayor desarrollo teórico de su [carácter] *sui generis* (2013, p. 49) [traducción libre].

Destacamos que las opiniones y conclusiones vertidas en los laudos no son precedentes de obligatorio seguimiento por los tribunales que se constituyan en fechas posteriores. No hay *stare decisis*<sup>25</sup>:

podrán o no ser seguidos en la medida en que la calidad de los argumentos y razonamientos persuadan a los miembros de los futuros tribunales arbitrales.

¿Puede decirse que el sistema creado por los APPRI, así como todo el sistema moderno de protección de inversiones pretende proteger solo a los inversionistas extranjeros que no posean la nacionalidad del país al que se le reclama? ¿Subsiste o han desaparecido los conceptos de nacionalidad efectiva o predominante cuando un inversor tiene dos nacionalidades?

Cabe la posibilidad de que un nuevo tribunal que conozca uno de estos casos se decante por declarar que sí tiene jurisdicción para conocer del caso, pero siempre que en la fase correspondiente del proceso arbitral se haya alegado y probado que la nacionalidad invocada —española, alemana u otra— es la predominante y efectiva. El tribunal arbitral seguiría así el camino que, como hemos visto, han seguido en el pasado comisiones mixtas, tribunales internacionales y arbitrales de forma que encontraría su fundamento en el derecho internacional.

A fin de probarlo, el reclamante deberá suministrar datos sobre su residencia, domicilio, inversiones, actividades, estudios y otros elementos que demuestren una conexión preferente con el país cuya nacionalidad invoca. Además, esta conexión deberá ser más intensa y estrecha que aquella que tiene con el país demandado.

Pero, si los APPRI no contienen esas exigencias, ¿cabe exigirles si su texto no lo hace? Detengámonos un instante en el texto del APPRI Venezuela-España (1995), el cual no excluye expresamente a los binacionales. Su artículo XI dispone que si la disputa no se resuelve amistosamente el interesado puede acudir a **elección del inversor**, en primer lugar, a los tribunales del Estado en cuyo territorio se hizo la inversión, donde la doble-nacionalidad es irrelevante; o, en segundo lugar, al arbitraje.

Si escoge la vía arbitral debe ir al CIADI. Pero en “**caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido**” [el énfasis es nuestro] al CIADI, “se recurrirá al **Mecanismo Complementario**” [el énfasis es nuestro] y, como sabemos, en ninguna de estas dos opciones caben los binacionales. Ese artículo XI luego agrega “**si por cualquier motivo no**

<sup>25</sup> Según este principio, propio de las jurisdicciones anglosajonas, las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan a aquellas que se dicten en el futuro sobre el mismo objeto, especialmente, los de rango inferior. En la materia arbitral no hay precedentes obligatorios.

estuvieran disponibles [esas] instancias arbitrales, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje *ad hoc*” bajo Reglamento CNUDMI que, por su parte, no prohíbe la acción de los binacionales.

Analicemos esta situación que es común a los tres arbitrajes que estamos revisando. Ni el CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles porque allí no se admiten reclamos de binacionales: ¿Puede el tribunal arbitral *ad hoc* regido bajo el Reglamento CNUDMI declinar su jurisdicción debido a la doble nacionalidad? ¿No dice acaso la norma que **si por cualquier motivo** el CIADI o el Mecanismo Complementario **no están disponibles** la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI?

Los términos son claros. Al señalar “si por cualquier motivo no están disponibles”, esta expresión invita a entenderla con la mayor amplitud y no a limitarla como hacen los laudos **Heemsen y Manuel García y otros**. Está claro que en esos casos el CIADI no está disponible, pues Venezuela denunció el Convenio CIADI. En todo caso, ni el CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles porque allí están excluidos los binacionales.

No parece válido decir que, porque Venezuela y España, al igual que la primera y Alemania, han escogido el arbitraje CIADI o el Mecanismo Complementario que excluye a los binacionales, se ha buscado pactar una prohibición absoluta para los binacionales de acudir al arbitraje. Se estaría agregando una prohibición que no está escrita en el APPRI. Es preciso observar, además, que el APPRI ha previsto el arbitraje *ad hoc* de acuerdo con el Reglamento CNUDMI que no prevé esa inadmisibilidad. Por tanto, no luce plausible decir que el APPRI no admite arbitrajes de los binacionales, pues en una de las opciones arbitrales los admite.

Los APPRI que comentamos exigen solamente que la persona natural que haga el reclamo tenga la nacionalidad de uno de los Estados contratantes o, como afirman las sentencias francesas que anularon el laudo **Serafín y Karina García**, que tengan la nacionalidad española al tiempo de hacer la inversión. Los APPRI no señalan que tener una segunda nacionalidad —la del Estado contra el que se reclama— sea un impedimento para reclamar contra una confiscación de sus propiedades u otra violación del APPRI.

Destacamos además que en el APPRI Venezuela-Alemania, el artículo 10.2 —antes copiado— impone la **vía arbitral** si no hay solución amistosa antes de señalar las tres opciones posibles. ¿Es inapropiado concluir entonces que el arbitraje *ad hoc*

bajo el Reglamento CNUDMI es una opción válida cuando las otras dos están excluidas por “cualquier motivo”?

El contexto actual del régimen de inversiones busca proteger los derechos de los inversionistas pactados en los APPRI y proveerles de recursos para actuar contra los Estados que los incumplen. No se trata de darles recursos que no estén en los APPRI, pues, al contrario, les reconoce derechos conferidos para acudir a instancias arbitrales. Si se quiso excluir de protección a los binacionales o si se quiso que estos debiesen demostrar que la nacionalidad que invocan es la predominante, ¿no debían los APPRI decirlo de manera expresa? Así se hizo en los APPRI Venezuela-Canadá y Venezuela-Irán para la doble nacionalidad. Por su parte, el tratado suscrito por Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica (2006) exige de manera expresa que la nacionalidad invocada sea la “predominante”.

Estas limitaciones son claras e invitan a pensar que donde no se hayan pactado limitaciones, estas no existen. **T**

#### REFERENCIAS

- Anzola Etchevers, E. (2008). From Gunboats to Arbitration. *Transnational Dispute Management*, 5 (2). Tecnos.
- (2015). La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones: el caso Venezuela. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (154), 643-713.
- Daillier, P., Forteau, M. & Pellet, A. (2009). *Droit international public* (8va ed.). L.G.D.J.
- Díez de Velasco, M. (2008). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (16ta ed.). Tecnos.
- Loquín, E. (2015). *L'arbitrage du commerce international*. JOLY Éditions.
- Organización de las Naciones Unidas (2006). *Reports of International Arbitral Awards* (Vol. X). Government Printing Office. [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_X.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_X.pdf)
- Ralston, J. & Sherman Doyle, W. T. (1904). *Venezuelan Arbitrations of 1903*. Government Printing Office.
- Roberts, A. (2013). Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*, 107 (45), 45-94. <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.107.1.0045>

Sanderson, C. (7 de mayo de 2019). Dual nationals win damages in Venezuela claim. *Global Arbitration Review*.  
<https://globalarbitrationreview.com/article/1192551/dual-nationals-win-damages-in-venezuela-claim>

Sanderson, C. & Perry, S. (3 de junio de 2020). Dual nationals' award against Venezuela set aside. *Global Arbitration Review*.  
<https://globalarbitrationreview.com/article/1227463/dual-nationals%E2%80%99-award-against-venezuela-set-aside>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, Can-Venez., 1 Jul., 1996.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Islámica de Irán y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, Iran-Venez., 20 Ene., 1998.

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Rep. Dem. Congo) Objeciones Preliminares, 2007 I.C.J. Rep. p. 582 (May. 24), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>

Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belg. c. Esp.), 1970 I.C.J. Rep. p. 3 (Feb. 5), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

Canevaro (It. c. Perú) 9 R.I.A.A. 397 (Ct. Perm. Arb. 1912), <https://pcacases.com/web/sendAttach/516>.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 Mar. 1965.

Cour d'appel [CA] [corte regional de apelación] París, 1ra cám. civ., Sentencia 15/01040 (caso Serafín García Armas y Karina García Gruber), 25 Abr., 2017 (Fr.).

Cour d'appel [CA] [corte regional de apelación] París, Sentencia 19/03588 (caso Serafín García Armas y Karina García Gruber), 3 Jul., 2020 (Fr.).

Cour de Cassation [Cas.] [corte suprema para los asuntos judiciales] 1ra cám. civ., Sentencia A-17-25.851, 13 Feb., 2019 (Fr.).

Code de Procédure Civile [C.P.C.] [Código de Procedimiento Civil] (Fr.).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/62/67 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, (6 Dic. 2007).  
[https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento CNUDMI), (15 Dic. 1976).

Daimler Financial Services AG c. Arg., Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, (22 Ago. 2012), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>

Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. Venez., Caso CPA No. 2017-18 (Ct. Perm. Arb. 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11022.pdf>

ICS Inspection and Control Services Limited c. Arg., Caso CPA No. 2010-9 (Ct. Perm. Arb. 2012), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf>

Manuel García Armas, Pedro García Armas, Sebastián García Armas, Domingo García Armas, Manuel García Piñero, Margaret García Piñero, Herederos de Domingo García Cámara y Carmen García Cámara c. Venez., Caso CPA No. 2016-08 (Ct. Perm. Arb. 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11113.pdf>

Mergé (Decisión 55), 14 R.I.A.A. 236 248 (Comisión de Conciliación Ítalo-Estadounidense 1955), [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XIV/236-248.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf)

Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. Rep. Dom., Caso CPA No. 2016-17 (Ct. Perm. Arb. 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10819.pdf>

Nottebohm (Liech. c. Guat.) 1955 I.C.J. p. 4 (6 Abr.), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat, Caso IUSCT No. 157, Laudo No. 31-157-2 (29 Mar. 1983), <https://www.iusct.net/Documents/En/1551.aspx>

- Protocolo entre Alemania y Venezuela para cuestiones determinadas ante la Corte Permanente de Arbitraje, Alem.-Venez. (Protocolos de Washington), 7 May. 1903.
- Reglamento del Mecanismo Complementario, CIADI/11, Abr. 2006.  
[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR\\_%202006\\_Spanish\\_final.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf)
- RosInvest Co c. Rus., Caso SCC V079/2005, Laudo, (12 Set. 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>
- Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venez. (Decisión sobre jurisdicción), Caso CPA No. 2013-3 (Ct. Perm. Arb. 2014), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4151.pdf>
- Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venez. (Laudo final), Caso CPA No. 2013-3 (Ct. Perm. Arb. 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11124.pdf>
- Tratado entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1995, Esp.-Venez., 2 Nov., 1995.
- Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Alem.-Venez., 14 May. 1996.
- Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos, Rep. Dom.-EE.UU., 1 Abr. 2006.
- Wintershall Aktiengesellschaft c. Arg., Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, (8 Dic. 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf>