

Arbitraje de inversiones y su incidencia en la legislación venezolana

Investment arbitration and impact in the Venezuelan Law.

Gil Osuna, Bartolomé

Abogado y Politólogo, Universidad de los Andes (ULA), Mérida-Venezuela. Profesor Universitario de Derecho Romano y Derecho Internacional Privado en la ULA. Postgrado Derecho Romano *Università degli Studi di Roma La Sapienza*, Italia, *Magister Scientiae* Política ULA, Postgrado en Derecho Internacional Privado Universidad de Salamanca España.

barthisa@gmail.com

Recibido:01-05-2012/ Revisado: 14-05-2012/ Aprobado:21-05-2012

Resumen

La situación de crisis que padece la administración de justicia ha llevado hacia la búsqueda y potenciación de soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos como medios a través de los cuales los sujetos en conflicto encuentren satisfacción a sus intereses. Entre ellos, un mecanismo acertado ha sido el Arbitraje de Inversiones que se ha fortalecido con la existencia del CIADI que supone una garantía de especialización e imparcialidad que probablemente antes era más difícil presumir de tribunales arbitrales independientes. Además con el desarrollo de mecanismos como el arbitraje de inversiones se evita la innecesaria intervención de los Estados en asuntos exclusivamente de interés entre inversionistas y Estados anfitriones y así lo ha expuesto la legislación patria.

Palabras Claves: Arbitraje, Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Arbitraje de Inversiones, CIADI.

Abstract

The crisis faced by the administration of justice has led to the pursuit and promotion of alternatives to court intervention in conflict resolution as intersubjective means by which subjects are conflicting satisfy their interests. Among them, a mechanism has been successful Investment Arbitration has been strengthened by the existence of ICSID is a guarantee of expertise and impartiality that was probably before more difficult claim to independent tribunals. In addition to the development of mechanisms such as arbitration of investment avoids unnecessary state intervention in matters solely of interest between investors and host states and it has exposed the country legislation.

Key words: Arbitration, Alternative Dispute Resolution, Arbitration of Investment, ICSID.

1. Introducción

La comunidad internacional está atravesando un período de transformación, particularmente en las esferas jurídicas y económicas. El llamado Nuevo Orden Mundial, ha estimulado, desde hace rato ya, un crecimiento sin precedentes del comercio internacional y de las inversiones extranjeras. Precisamente, se ha pensado que esta especial circunstancia, ha dado lugar a la aparición de la llamada internacionalización, mundialización, globalización la que ha tenido suficiente virtualidad como para llegar hasta el punto de modificar, de cambiar el concepto mismo de soberanía y donde hoy más que nunca, los Estados parecen no ser tan soberanos como lo han sido en el pasado.

Hasta hace relativamente poco, eran muy escasos quienes en el mundo conocían el llamado “arbitraje de inversiones” y, mucho menos, quienes lo manejasen técnicamente. De modo general podemos decir, que mediante este tipo de arbitraje se solucionan las controversias entre inversionistas nacionales de Estados extranjeros y los Estados receptores de la inversión. Es decir, este ángulo del arbitraje internacional es el que primordialmente resuelve las controversias relacionadas con la inversión extranjera.

El hecho que los Estados en vías de desarrollo iniciaran, en la década de los años noventa, ambiciosos programas de reformas estructurales que

incluían procesos de privatización, desregulación y liberalización del comercio y les hizo prever la presencia de una significativa inversión extranjera; que originó la necesidad de contar con mecanismos jurídicos adecuados que proporcionaran seguridad al inversionista. Ciertamente, la importancia de la inversión no requiere comentarios, sobre todo para los mencionados Estados en vías de desarrollo, que no podrían ejecutar sus planes y programas de gobierno, tendientes a mejorar su situación, sin la considerable inyección de divisas proveniente de la inversión extranjera. A su vez, el inversionista pretende obtener mayores ganancias que las que obtendría en condiciones habituales en su país de origen o Estado nacional.

Se erige un juego de intereses que requiere, como dice Blackaby (2004), un marco regulatorio sólido, que se ve materializado en una serie de tratados multilaterales y bilaterales, con el propósito único de crear un ambiente propicio para la inversión extranjera, así, el inversionista podrá contar con normas que coadyuvarán al cálculo de riesgos jurídicos y políticos de la inversión que pretenda realizar en los países de la región.

Y este propósito lleva consigo, también el lograr afianzar algunos medios alternativos de solución de conflictos, en caso que se presenten en el ambiente de inversiones; y debido a ello, el Arbitraje de Inversiones ha adquirido popularidad en todo el mundo después de la última década y mayormente luego de la crisis económica experimentada por la Argentina a principios de la década del 2000. De hecho, luego de ciertas medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino, hubo una "lluvia de demandas" arbitrales presentadas por inversionistas extranjeros (principalmente de EEUU) en contra del Estado argentino, fundamentadas en violaciones al acuerdo de protección y promoción de inversiones entre los Estados. A la par de ello, se ha gestado un auge universal del arbitraje de inversiones, como medio alternativo de resolución de conflictos; como escribiría Borges que supo decir que *"cada aurora maquina maravillas"*¹

Es de advertir, que empresas e inversionistas privados parecieran haber descubierto recientemente que en muchos casos tienen la posibilidad de intentar reclamaciones de esta índole en contra de Estados extranjeros

para hacer valer sus derechos derivados de sus inversiones cuando éstas se ven afectadas por medidas estatales. Paradójicamente, los *tratados de protección y promoción de inversiones*², que son los que en la inmensa mayoría de los casos permiten el acceso al arbitraje de inversiones, no son algo tan novedoso. De hecho, ellos han venido celebrándose en todo el mundo desde las últimas tres décadas.

En este contexto juega un papel fundamental el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI³ o ICSID en inglés), ya que en la mayoría de los tratados de inversiones modernos se establece arbitraje ante el CIADI como mecanismo de solución de controversias. El CIADI también es conocido como el Centro de Arbitraje del Banco Mundial⁴, pues aunque autónomo, el CIADI está de hecho adscrito a dicho Banco, lo cual brinda una garantía adicional de seriedad y solidez.

La ratificación del Convenio CIADI y particularmente la celebración de tratados de inversión que contemplen arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias, suponen apartarse del arraigado recelo del Estado venezolano a someterse a instancias arbitrales extranjeras. Y tal recelo no es injustificado, como lo afirma el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) (2010), si tenemos presente la experiencia de Venezuela en instancias arbitrales internacionales (como por ejemplo la que dictó el Laudo de París de 1899 que oficializó la pérdida de la Guayana Esequiba). Pero los tiempos han cambiado y afortunadamente la existencia del CIADI supone una garantía de especialización e imparcialidad que probablemente antes era más difícil presumir de tribunales arbitrales independientes. Además con el desarrollo de mecanismos como el arbitraje de inversiones se evita la innecesaria intervención de los estados en asuntos exclusivamente de interés entre inversionistas y Estados anfitriones.

2. Los medios alternativos de resolución de conflictos

En el ámbito internacional, la crisis de la Administración de Justicia ha llevado a las personas preocupadas por el tema en gran cantidad de países a la búsqueda de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre particulares. En este sentido se ha afirmado

“son las situaciones delicadas y hasta angustiosas las que agudizan el ingenio del hombre y le llevan a la búsqueda de soluciones a sus problemas. La situación de crisis que padece la administración de justicia ha llevado hacia la búsqueda y potenciación de soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos. Surgen así conceptos como justicia coexistencial, justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial... (omisis)... Su finalidad es eliminar los inconvenientes y dificultades del proceso jurisdiccional (formal y solemne) o aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal clásica, tornándola ineficaz, mediante la creación o facilitamientos de otros medios de solución de conflictos (menos solemnes o formales)” (Roca, 1992, pp. 25-26).

Se cree, con seguridad, que en nuestro país, con vista a ciertos hechos que se han sucedido en el ámbito relacionado con la Justicia, puede afirmarse que se han dado pasos, aún cuando en nuestro concepto muy tímidos, en el sentido indicado. En efecto, en la reforma de que fue objeto nuestro Código de Procedimiento Civil (CPC) en el año 1985 y la cual entró en vigencia el 16 de septiembre de 1986, fueron modificadas, en forma bastante radical con respecto al derecho derogado, las normas reguladoras del procedimiento arbitral o arbitramento (como lo denomina nuestro CPC).

Desde otro punto de vista, sostiene Hung, 2001, la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz de fecha 20 de septiembre de 1999, reformada el 23 de junio de 1994 y reformada nuevamente en fecha 09 de diciembre de 1994, puede interpretarse también como un paso en la dirección indicada. Finalmente constituye un movimiento hacia la creación de medios alternativos para la solución de conflictos jurídicos, la *Ley de Arbitraje Comercial*⁵, sancionada el 25 de marzo de 1998 y promulgada el 07 de abril de 1998 (Gaceta Oficial N° 36.430).

Ya a dos lustros del siglo XXI, los textos constitucionales modernos tienen tendencia generalizada a elevar a rango de garantía constitucional

el derecho de acceso a la justicia. En estos textos se impone al Estado un deber expreso e insoslayable de proporcionar a los justiciables una Justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

A pesar de estos buenos deseos, resulta indiscutible e innegable a escala mundial, que hoy por hoy, la Administración de Justicia no se ajusta ni siquiera en un pequeño porcentaje a las expectativas creadas por las normas constitucionales. Así, este panorama permanente y hasta ahora obscuro, ha acicateado y animado a gran cantidad de juristas de diversas latitudes para explorar medios alternativos de solución de conflictos. Tales medios, en su mayoría, no constituyen novedades institucionales. Por el contrario, muchas de las propuestas consisten precisamente en la renovación o reciclaje de soluciones existentes en los ordenamientos jurídicos positivos y los cuales por una u otra razón fueron cayendo en desuso y perdieron su efectividad.

Este escenario hace aflorar en los últimos años, en el proceso de búsqueda por parte de los Estados de una mayor eficiencia de la Justicia, dos aspiraciones específicas, que bien explana Barona (1999): “convertir en realidad el acceso a la Justicia para toda la población y buscar soluciones de Justicia alternativa o complementaria que faciliten, además del descongestionamiento de los Tribunales judiciales admitiendo los reclamos de todos los ciudadanos, una mayor calidad de Justicia” (p.41). Según esto y para evitar equívocos, debemos señalar de una vez y continuar reiterándolo, que lo que se persigue no es una sustitución de una Justicia estatal por una Justicia privada o una “Justicia alternativa”. La búsqueda de soluciones se orienta a la obtención de medios a través de los cuales los sujetos en conflicto encuentren satisfacción a sus intereses y la sanación del conflicto con la colaboración y bajo la participación de los Tribunales.

2.1. El movimiento de los “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR)

Las tendencias modernas en materia constitucional siguen la dirección de

elevar la Administración de Justicia a la categoría de garantía constitucional de los derechos de los ciudadanos; pero la evidente pérdida de confianza en la Justicia impartida por los Tribunales organizados conforme a las reglas tradicionales hace que volvamos los ojos a lo que se inició en los años treinta con un Movimiento que, básicamente, propiciaba otras vías de solución de los conflictos intersubjetivos distinta al mecanismo de la secular jurisdicción de los Tribunales estatales. Este Movimiento perdió fuerza por los años sesenta y volvió a renacer hacia los años ochenta. Es así como en la década de los setenta surgió en la Universidad de Harvard la corriente de pensamiento denominada *Critical Legal Studies*; movimiento que sirvió de germen a la actividad de todos aquellos que luchaban contra el sistema jurídico existente.

El Movimiento de la ADR es reputado heredero de otro movimiento de origen anglosajón denominado movimiento de libre acceso a la justicia; movimiento cuyo objetivo consistía en pretender que todos tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que este fuera, en virtud del cual se consiguiera efectivamente una solución a la controversia o conflicto planteado a los fines de lograr de la manera más inmune la pronta, imperiosa y anhelada justicia. La investigadora Barona cita como causa del extraordinario desarrollo de la ADR en los últimos años, tres grupos de situaciones:

“1) El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales; 2) El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre los particulares; 3) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia” (1999, p.50).

En Venezuela, una de las principales razones que ha motorizado la reforma de la justicia civil es el importante incremento de la litigiosidad que se manifiesta día a día en el país. En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia está desarrollando políticas públicas para el sector justicia vinculados a varios procesos, subrayando la urgente necesidad de modernizar los tribunales ordinarios del país y trabajar por un Poder Judicial independiente, con el firme propósito de mejorar la eficiencia y la efectividad en los servicios de justicia.

En este contexto, la *resolución alternativa de conflictos*⁶ ocupa un lugar relevante en la reforma y modernización del sector justicia, como uno de los más importantes y de apreciable interés para todos los venezolanos. Ello significa que el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la sola organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y se apoyen también otros mecanismos de solución de controversias que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto impidan la concurrencia del conflicto, y socialmente más valiosos si posibilitan y mejoran la relación futura entre las partes.

Es de advertir, que si bien para los juristas dedicados a este tema el término “medios alternos” alude, básicamente al arbitraje, la mediación, la negociación y la conciliación; en un sentido más amplio, todos los conflictos (desde la guerra a la discordia intrafamiliar) acaban por resolverse –sea mediante la violencia, el abandono de la relación social, la sumisión autoritaria, el mercado o el olvido- de manera que, en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de formas alternativas, algunas de las cuales son las que solemos denominar mecanismos alternativos (García-Leal, 2008, p.101). Por tanto, la conciliación, la solución autoritaria o la solución adversarial de una misma disputa, son funcionalmente equivalentes y de lo que se trata, entonces, es de buscar la mejor decisión alternativa, a la luz de un cierto ideal de moralidad política o social, entre esas varias formas posibles.

2.2. Consagración constitucional y legislativa de los medios alternativos de solución de conflictos

El sistema venezolano para agilizar la justicia y permitir el acceso a ella aun número importante de personas que se encontraban o se encuentran excluidas, ha establecido una serie de artículos con rango constitucional y legislativo, en donde se consagran mecanismos alternos de resolución de conflictos, con el único fin de conseguir un acceso a la justicia, rápido, imparcial, efectivo, independiente, equitativo, idóneo, responsable, confiable, etc. Dentro de este orden jurídico se encuentran la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Arts. 253 y 258)⁷, la Ley Orgánica de Justicia de Paz (Arts. 36-40 y 45-46), Ley de Arbitraje Comercial, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas

y Adolescentes (Arts. 308-317), Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Arts. 129, 133, 135 y 138-149), Reglamento de la Ley del Trabajo (Arts. 194 y 202), Ley Orgánica de Protección al Consumidor (Arts. 134-141), Código Orgánico Procesal Penal (Arts. 409 y 411), Código de Procedimiento Civil (Arts. 257-260-262, 388, 799-800), Código Civil (Arts. 1982) y el Código de Comercio (Arts. 540, 962, 1005, 1104, 1110), *Ley de Derecho Internacional Privado*⁸, entre otras. Y algunos tratados suscritos por Venezuela, como por ejemplo, la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975)*,

*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional, La UNCITRAL*⁹ posee reglas de conciliación, recomendadas por la Asamblea General de la ONU de 1980, y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y Convención para la solución de disputas de inversión entre Estados y ciudadanos de otros Estados (Franco, citado por Petzold-Rodríguez, 2004).

3. El Arbitraje¹⁰

3.1. El crecimiento del arbitraje

En nuestro país, podemos afirmar con certeza, que el arbitraje se está expandiendo en los últimos tiempos. Existen indicios que denotan que el arbitraje está pasando de la etapa de difusión teórica a la de su concreta puesta en práctica, aunque por cierto de manera lenta y gradual, sin llegar todavía a niveles plausibles como se quisiera.

Esta realidad se evidencia en la incorporación de cláusulas arbitrales en los contratos, que se incrementa en la medida que se advierte que el arbitraje resulta un sistema potencialmente idóneo para lograr una reducción en los costos de resolver los conflictos empresariales y los conflictos en materia de inversiones. Ha comenzado a ser más frecuente que los contratos contengan cláusulas de sometimiento a árbitros. Además de las tradicionales, numerosas entidades se han sumado a la oferta de servicios de arbitraje, bajo las más diversas formas, con el fin de lograr, como apunta Oppetit el ideal de justicia (2006, p.45). Paralelamente, es

también notorio el incremento que ha tenido la oferta de capacitación en el tema, coincidentemente con el creciente interés de los Abogados en conocer estos nuevos modos o medios alternativos de resolución de conflictos.

Desde el punto de vista de las empresas y de las inversiones, el interés por el arbitraje viene de la mano de la preocupación por lograr una regulación jurídica acorde con sus intereses y no lesiva a las inversiones. Una característica común a todos los casos es que el arbitraje está paulatinamente comenzando a ser visto como una posibilidad cierta para resolver los conflictos entre inversores extranjeros y el Estado o los conflictos interpersonales con mayor celeridad, sencillez y economía que los que hoy pueda brindar el sistema estatal de administración de justicia.

Si hubiéramos de explicar a qué obedece este movimiento, según palabras de Caivano, sin dejar de reconocer que puede haber múltiples factores, nos inclinaríamos por atribuir las principales razones del cambio a una combinación de dos circunstancias: la idea de que la crisis judicial no tiene visos de solución, y la situación económica del mundo y, muy particularmente, de América Latina (2000, p.37).

4. La protección de las inversiones y la estabilidad jurídica

La Ley de Promoción y Protección de Inversiones¹¹, dictada mediante Decreto N° 356, de octubre de 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390 del 22 de octubre de 1999), tiene por objeto básicamente proveer tanto a las inversiones como a los inversionistas, nacionales y extranjeros, de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas (Art 1).

Se precisa en la propia Ley, sin embargo, que Venezuela puede celebrar tratados o acuerdos que pueden contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en la Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los en ella consagrados (Art. 5).

Es de advertir, que las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan como es obvio, de la protección concedida por la Ley, a la cual puede

sumarse el régimen más favorable que surja de la eventual entrada en vigor de un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, así como la que emane de las convenciones multilaterales en las que sea parte Venezuela (Brewer-Carías, 2005, p.281).

5. Las normas para la solución de controversias

En la Ley se establecen varios regímenes para la solución de controversias, según surjan entre Estados (el Estado venezolano y el estado del país de origen de la inversión); o entre un inversionista internacional y el Estado venezolano.

En *primer* lugar, están las controversias que puedan surgir entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen del inversionista internacional, “en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto” en la propia ley. En estos casos, según Brewer-Carías (2005, p.288), se distinguen dos supuestos según que exista o no algún tratado o acuerdo sobre inversiones suscrito entre los Estados, así:

Primero, si entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen de la inversión se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, para la solución de controversias sobre la interpretación y aplicación de la Ley, se deben aplicar las disposiciones del tratado o acuerdo.

Segundo, si entre el Estado venezolano y el país de origen de la inversión no se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, conforme al artículo 21 de la Ley, cualquier controversia que surja entre ellos debe ser resuelta por la vía diplomática.

Si dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, no se llegase a un acuerdo entre los Estados, entonces el Estado venezolano está obligado a propiciar (“propiciará”) el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral...

En *segundo* lugar están las controversias que surjan entre el inversionista internacional y el Estado venezolano, en cuyo caso también se distinguen tres supuestos según que exista o no un tratado o acuerdo internacional de protección de inversiones o se aplique o no alguno de los convenios internacionales específicos para la garantía de inversiones.

Primero, conforme al artículo 22 de la Ley, en los casos de controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, las mismas deben ser sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

Segundo, también puede tratarse el caso de controversias que surjan entre un inversionista internacional y el Estado venezolano, respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), del 18 de marzo de 1965, en cuyo caso también deben ser sometidas al arbitraje internacional en los términos de dichos convenios, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

Tercero, en caso de no existir vigente un convenio o acuerdo internacional se inversiones, o no resultar aplicables los convenios específicos indicados, conforme al artículo 23 de la Ley, dispone que cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación de la Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

En *tercer* lugar, están las controversias que puedan surgir entre las empresas o inversionistas y el Estado venezolano con motivo de los contratos públicos de estabilidad jurídica que se hayan suscrito, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, las cuales conforme al artículo 18 de la Ley pueden ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

Es importante tomar en cuenta que el artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sostiene que en todos los

contratos de interés público, debe considerarse incluida una cláusula conforme a la cual las controversias que puedan surgir de su ejecución que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana. En virtud, de esta norma, en la cual se establece una excepción, Brewer-Carias afirma que Venezuela abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción, sustituyéndose por el principio de la inmunidad relativa permitiéndose entonces la posibilidad de que los entes públicos, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, puedan estar sometidos a jurisdicciones extranjeras o a arbitraje e incluso a la legislación extranjera, como sucede con muchos contratos públicos en relación con la industria petrolera o la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (2005, p.288).

6. Comentario *grosso modo* a sentencia 1541 del TSJ

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dictó el 17 de octubre de 2008¹² una muy importante sentencia atinente al Arbitraje. Resolvió un recurso de interpretación intentado por la Procuraduría General de la República sobre el artículo 258 de la vigente Constitución. La sentencia merece y requiere un análisis detenido, puesto que se considera de vital interés para el tema del Arbitraje y del Arbitraje de Inversiones.

Puede decirse que la Sala le imprime al arbitraje interno e internacional, tanto para particulares como entes del Estado, un sello de garantía para su desarrollo y extensión. Polémicas posturas se han dado sobre algunos postulados, en especial, sobre la decisión que toma en relación con el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

Entre los comentarios que podemos subrayar, resaltan:

a.- La institución del arbitraje forma parte del sistema de justicia venezolano y debe ser promovido por el legislador y también por los que ejercitan el Derecho y, ... toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional...

b.- Este fallo permite que se pacten cláusulas arbitrales por el Estado o entes estatales porque ...reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados negocios a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos...

c.- Ha considerado la Sala ...y así reitera su criterio en cuanto a discurrir que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil, como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir, aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente en este país...

d.- Con referencia al artículo 22 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones señala que ...para que proceda el sometimiento a arbitraje internacional, es preciso atender al contenido de cada tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones y, en caso de no existir dicho instrumento, es necesario que la declaración de voluntad del Estado conste por escrito de forma expresa e inequívoca en un contrato mediante la inclusión de una cláusula arbitral o a través de una declaración válidamente otorgada por la autoridad competente ... sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de inversiones, como sustento de una manifestación de voluntad del estado al respecto, toda vez que su naturaleza es la de una norma enunciativa, que regula los términos en base a los cuales el estado puede someter las controversias relativas al objeto de la mencionada ley al sistema arbitral internacional...

e.- La Sala ...ORDENA la publicación íntegra de este fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: "Sentencia de la Sala Constitucional

del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". *Subrayado propio*.

7. El Ejecutivo Nacional prepara salida del centro mundial de arbitraje

El Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, ha tomado medidas para sacar a Venezuela del foro mundial más utilizado para resolver disputas de los inversionistas, mientras su gobierno enfrenta a más de \$ 40 mil millones de dólares en reclamaciones por propiedades estatizadas (www.noticierodigital.com/tag/globovision, de fecha 15-enero-2012).

Las Autoridades venezolanas han elaborado planes, por órdenes de Chávez, de retirarse del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, según documentos recientemente revisados por *The Wall Street Journal*.

Esta retirada sería la última de una serie de acciones que Chávez ha tomado para proteger los activos internacionales de Venezuela de un posible decomiso por parte de gobiernos extranjeros. Analistas consultados atribuyen los temores del Ejecutivo Nacional venezolano a la posibilidad de que Venezuela tenga que pagar miles de millones de dólares en compensación a las empresas a las que se le han expropiado bienes y que ese descontento podría dar lugar a sanciones internacionales en un futuro para Venezuela.

La Embajada de Venezuela en Washington no hizo comentarios al respecto. Los abogados de Arnold&Porter LLP y Curtis, Mallet-Prevost, Colt&Mosle LLP, los dos principales bufetes que Venezuela utiliza para defenderse de los demandantes en el CIADI, tampoco quisieron hacer comentarios.

Abogados familiarizados con los procedimientos del CIADI dicen que una retirada de Venezuela no tendría ningún impacto en los 18 reclamos que Venezuela enfrenta en la Unidad del Banco Mundial. Para empezar, sólo surtirá efecto seis meses después de que se notifique al Centro, dijo DietmarPrager, un abogado de la firma newyorkinaDedevoise&Plimpton LLP que ha representado a inversionistas con controversias con

Venezuela ante el CIADI (www.noticierodigital.com/tag/globovision, de fecha 15-enero-2012).

Además, los tratados bilaterales de inversión unen por un tiempo a Venezuela al arbitraje del CIADI, dependiendo del tratado, por entre 10 a 15 años después de la cancelación de un acuerdo, según abogados versados y los propios documentos de la República.

Este era el ambiente que se respiraba a comienzos del año 2012, pero el 24 de enero en un Comunicado Oficial del Gobierno venezolano se publica lo siguiente:

“El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela formalizó el día 24 de enero de 2012 ante el Banco Mundial, su renuncia irrevocable del ‘Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados’ de 1966, el cual instituye el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Venezuela se adhirió a este Convenio en 1993, por decisión del Gobierno provisional de la época...

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 invalida, en su espíritu y en su letra, las disposiciones del mencionado Convenio, cuando reza en su artículo 151 que ‘en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras’.

Conforme al mandato constitucional, el Gobierno Bolivariano ha actuado con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a la largo de su historia. El Gobierno de la República

Bolivariana de Venezuela seguirá implementando políticas de defensa de la soberanía nacional, particularmente en lo relativo a la propiedad de activos estratégicos, ofreciendo siempre justa compensación a las personas naturales y jurídicas eventualmente afectadas, conforme a las leyes venezolanas...(www.vtv.gob.ve/index.php/noticias, de fecha 24-enero -2012).

Muy a pesar de este Comunicado Oficial, en el CIADI, las empresas que están haciendo cola para pedir una indemnización de Venezuela van desde las gigantes del petróleo, compañías mineras de oro hasta algunas de los fabricantes de cemento más grandes del mundo. ConocoPhillips, por mucho, tiene la mayor demanda. La compañía petrolera quiere recuperar \$ 30 mil millones en compensación por sus participaciones en dos proyectos en los campos de petróleo pesado del Orinoco, de acuerdo a *Reuters*. Venezuela afirmó el año pasado que la gigante del petróleo, Exxon Mobil Corp., había reducido su demanda de indemnización por la incautación por Chávez de un proyecto de crudo pesado en 2007 a \$ 7 mil millones, de una suma inicial de 12 mil millones de dólares.

La cementera mexicana Cemex y la cementera suiza Holcim están buscando compensaciones por la toma del gobierno en 2008 de sus plantas, como parte de la estatización del gobierno venezolano de la industria cementera del país. Holcim ha alcanzado recientemente un acuerdo por \$ 650 millones con Venezuela. La compañía suiza ha suspendido temporalmente sus acciones legales en función de si Venezuela cumple con los términos del acuerdo. La acción de Cemex está en vigencia.

A comienzos de 2012 Crystallex, una minera de oro canadiense, presentó una demanda en busca de \$ 3.8 mil millones en compensación por la rescisión unilateral del gobierno de un proyecto gigante de minería de oro. Un portavoz de Crystallex dijo que la acción legal de la empresa no se vería afectada si Venezuela se retirara del CIADI.

Desde 2007, el Presidente Chávez Frías ha previsto la retirada del CIADI. Algunos de sus aliados más cercanos ya se han ido. Bolivia se retiró en 2007 y Ecuador lo hizo en 2009. Abogados familiarizados con el

arbitraje de inversiones dicen que las retiradas del CIADI no han tenido ningún impacto apreciable en las demandas contra los dos países.

8. Conclusiones

La economía global actual es producto tanto de los avances tecnológicos como de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros.

La esencia de la economía global está constituida por la inversión exterior directa. La globalización ha presenciado un aumento sin precedentes en los flujos de inversión exterior directa y ha estimulado asimismo el desarrollo de mecanismos legales con el objeto –como dice Cremades (2004), de proporcionar seguridad jurídica a la inversión exterior directa y sobre todo a los tratados de inversión. Por ello, se ha creado una red de más de dos mil tratados bilaterales de inversión (o “acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones”) para la definición y protección de los derechos de los inversores extranjeros.

La situación de crisis de la Administración de Justicia ha conducido, a nivel mundial, a la búsqueda de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre los particulares. En la búsqueda de un mejor acceso a la justicia, se ha insistido en la necesidad de impulsar estas alternativas como soporte a los mecanismos jurisdiccionales, a los fines de disminuir el número de los litigios a los que se enfrentan nuestras instituciones encargadas de administrar justicia. Venezuela no ha escapado de esta situación, sin embargo, puede afirmarse que se han dado importantes pasos en la dirección correcta de buscar soluciones a la misma. Nuestro país ha vuelto su mirada hacia la “Solución Alternativa de Conflictos” en un intento por mejorar el acceso a la justicia y controlar los costos de administración de nuestro sistema judicial, insertándose de esta manera dentro de la tendencia evidenciada de los procesos de reforma judicial que vienen desarrollándose en América Latina en las últimas décadas. En efecto, el paso más importante

que se ha dado es el de la inclusión de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) dentro de nuestro texto constitucional, reconociéndoseles constitucionalmente como integrantes del Sistema de Justicia, constituyendo esto un punto de partida y fundamento para el arraigo e implementación efectiva en el país.

El paradigma que planteaba la necesidad de una administración de justicia proveedora de seguridad y certidumbre jurídicas se ha revelado realmente insuficiente y lo que ahora se está requiriendo son estructuras sociales que participen en la construcción de una cultura de paz que rompa con el paradigma del conflicto como fenómeno necesariamente inherente a las relaciones humanas, estableciendo la exigencia de realizar cambios de fondo en el sistema judicial. Derivado de lo anterior, que el esfuerzo que se viene realizando busque introducir y consolidar nuevos mecanismos de solución “no jurisdiccional” de controversias, que ayuden a resolver, algunas de las disputas que plantea nuestra convivencia social; y que además, también ayuden a resolver el problema de la saturación de nuestro sistema de administración de justicia, al liberarlo de una cantidad importante de casos que bien pueden ser resueltos mediante la aplicación de otras vías.

Una de estas vías llena de grandes expectativas ha sido y seguirá siendo el arbitraje en general y, muy particularmente, el arbitraje de inversiones que se erige como una de las modalidades idóneas para prestar sus servicios, como uno de los mecanismos de resolución de disputas dotado de mayor flexibilidad para resolver de forma satisfactoria las cuestiones de la más variada índole y, sobre todo, en el área de los negocios internacionales.

9. Notas

1. Paráfrasis de un verso de “El Ingenuo” de Jorge Luis Borges. Buenos Aires: Emecé, (1975).
2. El mayor desarrollo de los tratados de protección y promoción de inversiones ha ocurrido en los años más recientes aunque existieran, en sus diversas variantes, hace ya un tiempo. En todo caso, actualmente

existen alrededor del mundo unos dos mil quinientos tratados de inversión, así como varios tratados multilaterales de libre comercio o similares (tipo NAFTA, *EnergyCharterTreaty*, G-3, CAFTA, etc.) que contemplan la posibilidad de acceder al llamado arbitraje de inversiones. En efecto, en la mayoría de los casos es en base a este tipo de instrumentos que los Estados “ofrecen” a los inversionistas extranjeros someter las eventuales y futuras controversias al arbitraje de inversiones (Oppetit, 2006, p.17).

3. El cual fue creado mediante el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, comúnmente conocido como el Convenio CIADI (en vigencia para Venezuela desde el 1 de junio de 1995). Este Convenio fue abierto a la firma de todos los países miembros del entonces Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (hoy Banco Mundial) el 18 de marzo de 1965. Mediante su creación, se propuso establecer un foro neutral especializado para dirimir controversias entre inversionistas y Estados que hace un tiempo eran típicamente ventiladas a nivel Estado-Estado.
4. En inglés *World Bank*, es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas. Que se define como una fuente de asistencia financiera y técnica para los llamados países en desarrollo. Su propósito declarado es reducir la pobreza mediante préstamos de bajo interés, créditos sin intereses a nivel bancario y apoyos económicos a las naciones en desarrollo. Está integrado por 186 países miembros. Fue creado en 1944 y tiene su sede en la ciudad de Washington, Estados Unidos (para más, ver: www.onu.org).
5. Este Instrumento jurídico responde a las exigencias varias y reiteradas que el *sector privado* de la economía y los inversionistas extranjeros presentes en el país, habían realizado en el extinto *Congreso Nacional* y al Poder Ejecutivo a lo largo de muchos años. Tal posición, por igual, refleja uno de los modos legales en que la comunidad legal organizada, puede proceder a integrarse, junto con la llamada *justiciaordinaria*, en atención a la difícil tarea de llegar a impartir Justicia en una controversia determinada. Si bien reconocemos la cierta reticencia que en nuestro país se tiene en contra de la figura misma del arbitraje, también ha

de aceptarse que el proceso arbitral comercial de hoy en día, se ha configurado como una herramienta necesaria, compleja, legal, lícita e institucionalizada por los procesos mismos de inversión foránea (Mogollón, Ivor, 2004, p.13).

6. Se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto. Se ha sostenido que es obligación de un Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social, proveer a la sociedad de un servicio de justicia heterogéneo (García-Leal, 2004).
7. Se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto. Se ha sostenido que es obligación de un Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social, proveer a la sociedad de un servicio de justicia heterogéneo (García-Leal, 2004).
8. La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana establece en su artículo 62: "Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que rigen la materia". En virtud de lo anterior pareciera que, en principio, el arbitraje comercial internacional se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, no consideramos que la Ley de DIP haya excluido dicha materia de su ámbito de aplicación en forma absoluta. Por el contrario, consideramos que un determinado aspecto del arbitraje comercial internacional quedaría fuera del ámbito de la Ley de DIP, siempre y cuando existiera una norma especial sobre la materia que regule un determinado aspecto del arbitraje. En ausencia de una norma especial sobre la materia que regule un determinado aspecto del mismo, la Ley de DIP sería aplicable (Sánquiz, 2005, p.57).
9. Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. El

comercio acelera el crecimiento, mejora el nivel de vida, crea nuevas oportunidades. Con el objetivo de incrementar estas oportunidades en todo el mundo, la CNUDMI formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales. Sus actividades son principalmente las siguientes: •La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial •La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico •La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno •La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación •La organización de seminarios regionales y nacionales o locales sobre derecho mercantil uniforme. Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html, consultada en enero 2012.

10. Quiero acá exponer algunas de las **definiciones de Arbitraje** a los fines de complementar este estudio: *Alvarado Velloso* lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual se aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión. Para el autor francés *Jean Robert*, es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar. *Patricio Aylwin* lo define como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. Para *Guasp* es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente. La *American Arbitration Association* lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria (ver más en Caivano, 2000, p.48-49). La Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (Art. 5) lo define como un acuerdo

por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual.

11. El principal mecanismo de protección de inversiones foráneas en Venezuela está previsto en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999. Dicha Ley tiene por objeto proveer a las inversiones venezolanas y extranjeras directas, y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas.
12. El texto íntegro se puede leer en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>

10. Referencias Bibliográficas

Barona, S. (1999). *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia-España: Tirant lo Blanc.

Blackaby, N. (2004). *El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina*. En Revista Internacional de Arbitraje, N° 1, Junio-Diciembre 2004. Bogotá.

Borges, J. L. (1975). *El Ingenuo*. Buenos Aires: Emecé.

Brewer-Carias, A. (2005). "Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y jurisdicción". En Serie Eventos 18. Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité venezolano de arbitraje, Caracas.

Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. 2ª Edición. Buenos Aires: Ad Hoc, SRL, Villela Editor.

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). (2010). *Legal Report*. Caracas: Business.

Cremades, B. (2004). *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*. En DeCITA, Revista de Derecho del Comercio Internacional, temas y actualidades, Arbitraje. 02.2004. República Argentina.

García-Leal, L. (2004). *Diversificación de las Formas de Resolución de Conflicto como Política Pública*. En Memorias de la I Conferencia sobre Medios Alternos de Resolución de Conflictos. Maracaibo: IFD-LUZ.

García-Leal, L. (2008). *La formación del Abogado y los métodos alternativos de solución de conflictos*. En Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Vol. 15, N° 1, Abril. Maracaibo: Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando".

Hung, F. (2001). *Reflexiones sobre el Arbitraje y el sistema venezolano*. Colección Estudios Jurídicos 74. Caracas: Editorial Jurídica venezolana.

Mogollón, I. (2004). *El Arbitraje Comercial venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Oppetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. Colombia: Legis Editores, S.A.

Roca, J. (1992). *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona-España: J.M. Bosch Editor, S.A.

Sánquiz, Shirley. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andrés Bello.

Legislación

Gaceta Oficial N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999. República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 3.970, de fecha 13 de marzo de 1987. República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil. Ley de Reforma Parcial.

Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 07 de abril de 1998. República de Venezuela. Ley de Arbitraje Comercial.

Gaceta Oficial N° 36.511 de fecha 06 de Agosto de 1998. República de Venezuela. Ley de Derecho Internacional Privado.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999. República Bolivariana de Venezuela. Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

Páginas de internet

www.vtv.gob.ve/index.php/noticias

www.noticierodigital.com/tag/globovision