

Luisa Estella Morales Lamuño

Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia  
y de la Sala Constitucional



# **VENEZUELA EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y LAUDOS INTERNACIONALES RELEVANTES**

Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Normativa /Nº 10  
Caracas / Venezuela / 2011



## **VENEZUELA EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE**

**Jurisprudencia de la Sala Constitucional  
y laudos internacionales relevantes**



KHW2817  
M828

MORALES LAMUÑO, Luisa Estella.

*Venezuela en el contexto del arbitraje: jurisprudencia de la Sala Constitucional y laudos internacionales relevantes*

Caracas: Tribunal Supremo de Justicia – Fundación Gaceta Forense, 2011.

464 pp. (Serie Normativa; n° 10)

1. Arbitraje comercial – Venezuela.
2. Laudo arbitral – Venezuela.
3. Jurisprudencia constitucional – Venezuela.
4. Jurisdicción constitucional – Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable  
de las ideas emitidas por los autores

ISBN: 978-980-6074-67-3

Depósito Legal: H84720113403127

© República Bolivariana de Venezuela  
Fundación Gaceta Forense  
Tribunal Supremo de Justicia  
Serie Normativa n° 10

KHW2817  
M828  
e. 2

**Luisa Estella Morales Lamuño**  
Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia  
y de la Sala Constitucional

# VENEZUELA EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE

Jurisprudencia de la Sala  
Constitucional y laudos  
internacionales relevantes

N° 10  
Serie Normativa



Tribunal Supremo de Justicia  
Fundación Gaceta Forense  
Caracas / Venezuela  
2011

## TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño  
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López  
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón  
Dra. Carmen Zuleta de Merchán  
Dr. Arcadio Delgado Rosales  
Dr. Juan José Mendoza Jover  
Dra. Gladys María Gutiérrez Alvarado

### SALA ELECTORAL

Dra. Jhannett María Madriz Sotillo  
Dr. Malaquías Gil Rodríguez  
Dr. Juan José Nuñez Calderón  
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba  
Dr. Oscar Jesús León Uzcátegui

### SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz  
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez  
Dr. Juan Rafael Perdomo  
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero  
Dra. Carmen Elvigia Porras de Ros

### SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz  
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero  
Dr. Levis Ignacio Zerpa  
Dr. Ennio Antonio García Rosas  
Dra. Trina Omaira Zurita

### SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza  
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez  
Dr. Antonio Ramírez Jiménez  
Dr. Carlos Oberto Vélez  
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

### SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Ninoska Beatriz Queipo Briceño  
Dra. Deyanira Nieves Bastidas  
Dra. Blanca Rosa Marmol de León  
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte  
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores



## Presentación

La presente publicación persigue documentar el impacto que han tenido en nuestro foro jurídico recientes decisiones judiciales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y de diversos laudos arbitrales dictados en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (Ciadi), así como nuestra formal propuesta de creación de un Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje para la región que comprende la Unión de Naciones de Suramérica (Unasur).

En primer término, se ilustra al lector sobre la situación actual de Venezuela como *foro amigable al arbitraje*. Se analiza su tratamiento legislativo partiendo de su reconocimiento constitucional y legal, hasta llegar a las más recientes **tendencias jurisprudenciales** producidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así como a la aplicación inmediata de los Tratados y Convenciones suscritos aprobados y ratificados por Venezuela en materia arbitral.



En segundo término, acompañamos a la presente publicación la propuesta de impulsar la consolidación de un Centro de Conciliación, Mediación, y Arbitraje para Unasur, como alternativa válida para disipar las diferencias entre los países del Sur, y la de aquellos con sus inversionistas extranjeros. Oferta que ya hemos presentado formalmente desde octubre de 2008, cuando fue aprobada por unanimidad en la **III Cumbre de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Justicia de los países de Unasur** en la Isla de Margarita, estado Nueva Esparta (Venezuela).

En tercer lugar, acompañamos el texto íntegro de la sentencia **1.541/2008 del 18 de Octubre**, dictada por la Sala Constitucional con carácter vinculante (publicada en la Gaceta Oficial de la República bajo el N° 39.055 del 10 de Noviembre de 2008), la cual ya ha sido ratificada por diversas sentencias en materia de arbitraje en donde destaca la sentencia **1.067/2010 del 3 de Noviembre** (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela bajo el N° 39.561 del 26 de Noviembre de 2010).

La **sentencia 1.541/2008** efectuó un extenso y detenido análisis del arbitraje en todas las áreas de nuestro foro jurídico, sistematizando la institución para su aplicabilidad y reconocimiento, tanto en el ámbito comercial como en el de la inversión extranjera.

En ese mismo sentido, dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la República y los inversionistas extranjeros.

El impacto de esta sentencia, además de ordenar y sistematizar la aplicación del arbitraje en el foro interno, también se extendió al ámbito de los conflictos relativos a la inversión con ocasión a diversas demandas intentadas contra Venezuela ante paneles arbitrales

del Ciadi o *ad hoc* con ocasión de Tratados Internacionales de Protección Recíproca de Inversiones (mejor conocidos por su anacronismo en inglés como BITs, i.e. *Bilateral Investments Treaties*, o en español como APRI i.e. *"Acuerdos de Protección Recíprocos de Inversiones"*).

En tales contiendas arbitrales, la representación judicial de Venezuela (conformada por notables abogados tanto venezolanos como extranjeros), se asistió de los argumentos, asertos y motivaciones empleadas por la sentencia 1.541/2008; las cuales terminaron siendo **coincidentes**<sup>1</sup> con las realizadas posteriormente por los propios paneles de árbitros en los casos *"Exxon Mobil"* (vid. Laudo sobre Jurisdicción Ciadi ARB/07/27); *"Cemex"* (vid. Laudo sobre Jurisdicción Ciadi ARB/08/15), y *"Brandes Partners"* (vid. Laudo sobre Jurisdicción Ciadi ARB/08/3).

Por lo cual, y como apartado cuarto, acompañamos en este trabajo un resumen sobre los **puntos jurídicos de coincidencia** entre la aludida sentencia 1.541/2008 y el primero de tales laudos (por ello considerado en este ámbito "líder" o *leading*), como lo es el Laudo Ciadi ARB/07/27.

Así, y a razón de esas coincidencias, consideramos oportuno acompañar el **texto íntegro** de tales Laudos, como apartados quinto, sexto y séptimo del presente trabajo, así como también el Laudo que sobre jurisdicción dictó un panel arbitral *ad hoc* (reunido en la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya) en el caso *Nova Scotia Power versus Venezuela* —como octavo aparte— que si bien no se refiere al controvertido artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, no obstante, sí efectúa notables consideraciones sobre el consentimiento de los Estados soberanos

<sup>1</sup> Empleamos el vocablo "coincidente" dado que en puridad de conceptos la utilización de "ratificación" sería impropio, debido a que como la propia sentencia 1.541/2008 advirtió, este fallo no es vinculante en forma alguna para ningún panel arbitral, como tampoco lo es aquel laudo que pretenda ejecutarse dentro de un foro, si contradice su orden público, y es así declarado por sus tribunales internos de conformidad con el Tratado especial que resulte aplicable en la materia (i.e. Tratado sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, mejor conocido como Tratado de Nueva York).

a someterse a arbitrajes internacionales y al modo en que los reclamantes (inversionistas) deben seguir para ventilar sus pretensiones; tópicos también tratados con modestia por la aludida sentencia 1.541/2008 de la Sala Constitucional. De allí su inclusión en el presente trabajo.

Como noveno apartado, se incluyó una corta y apretada traducción (versión libre) de un resumen del ya aludido laudo arbitral que sobre jurisdicción se dictó en el caso *Mobil versus Venezuela*, dado que el texto íntegro que se acompaña es en idioma inglés (como apartado quinto).

Por último pero no menos importante, hemos considerado oportuno acompañar el texto íntegro de la sentencia vinculante número 1.067/2010 dictada por la Sala Constitucional (caso Astivenca) por su notable relevancia para el foro interno en materia de arbitraje dado que acogió en forma definitiva el efecto negativo del principio *kompetence-kompetence*; con ello rompió los viejos paradigmas de considerar al arbitraje como una excepción, mitigó la rigidez con que nuestros tribunales venían interpretando la “renuncia tácita” al compromiso arbitral y, además, avaló la existencia de los árbitros de emergencia y las medidas cautelares provisionales (dictadas inclusive por jueces ordinarios), para garantizar la protección cautelar, como un mecanismo válido para garantizar la tutela judicial efectiva.

En definitiva, esperamos con fervor que esta publicación —enmarcada en la Serie Normativa— contribuya a difundir el conocimiento sobre la institución arbitral en nuestro foro y sirva de referencia para nuestra comunidad jurídica.

*Luisa Estella Morales Lamuño*  
Magistrada Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia  
y de la Sala Constitucional

## Contenido

1.	Situación del arbitraje en Venezuela.....	13
2.	La resolución de conflictos en el marco de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur) <i>La necesaria consolidación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje para la región</i> .....	23
3.	Sentencia líder en arbitraje dictada por la Sala Constitucional (N° 1.541/2008 del 18 de octubre).....	51
4.	Puntos jurídicos de coincidencia entre el Laudo preliminar de jurisdicción (Ciadi, ARB/07/27 <i>Mobil versus Venezuela</i> ) y la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.541/2008.....	123
5.	Laudo Ciadi de Jurisdicción <i>Mobil versus Venezuela</i> .....	165

6.	Traducción de los puntos más importantes del Laudo Ciadi en el caso Mobil <i>versus</i> Venezuela .....	227
7.	Laudo Ciadi de Jurisdicción Cemex <i>versus</i> Venezuela .....	237
8.	Laudo panel arbitral <i>ad hoc</i> Nova Scotia Power <i>versus</i> Venezuela .....	287
9.	Laudo Ciadi de Jurisdicción Brandes <i>versus</i> Venezuela .....	345
10.	Sentencia N° 1.067/2010 de la Sala Constitucional .....	383
11.	Bibliografía .....	459

---

## 1. Situación del arbitraje en Venezuela

---

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) fue haberle otorgado rango constitucional a los medios alternativos para la resolución de conflictos (en lo sucesivo MARC), y su inclusión dentro del sistema de administración de justicia en calidad de órganos auxiliares.

En efecto, la CRBV consagró en su artículo 258 el deber que tiene la legislación de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial<sup>1</sup>.

En ese contexto el legislador venezolano<sup>2</sup> ha venido acatando ese deber constitucional, mediante la sanción de diversos cuerpos legales que regulan desarrollo y promoción.

<sup>1</sup> La propia Exposición de Motivos de la CRBV (Gaceta Oficial N° 5.453 Ext. del 24 de marzo de 2000), estatuye que: "...se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, cámaras de comercio y la sociedad civil en general". Vale aquí destacar que la Exposición de Motivos ha sido objeto de análisis por la Sala Constitucional del TSJ, mediante decisión de fecha 6 de febrero de 2001 (Caso Olimpia Tours *versus* Corpoturismo), como documento ilustrativo o referencial pues es independiente del texto constitucional, y al no ser parte de la Constitución, no posee carácter normativo.

<sup>2</sup> En este particular puede leerse nuestro trabajo titulado *Justicia sin dilaciones, Justicia*

Inclusive el legislador patrio ha sancionado leyes que promueven los MARC en áreas o materias "sensibles" o consideradas como ortodoxas o clásicas, como la materia tributaria, laboral y administrativa, entre otras. Prueba de ello lo constituye, el notable avance legislativo recogido en los artículos 312 al 326 del Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), que desarrolla con elevada exhaustividad el arbitraje en el contencioso administrativo tributario.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Gaceta Oficial N° 37.504 del 13 de agosto de 2002) prevé en su artículo 138 y siguientes una de las variantes del arbitraje en materia laboral. Así como también, la inclusión de una etapa obligatoria de conciliación que, hasta la fecha, ha otorgado un elevado éxito, alcanzando hasta un ochenta por ciento (80%) de efectividad por causas judiciales conciliadas definitivamente a través de ese procedimiento.

También la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.771 del 18 de mayo de 2005), la cual prevé una Audiencia Oral Conciliatoria en materia contencioso administrativa agraria en su artículo 164, y en materia de conflictos entre particulares en su artículo 206, lo que abre la puerta para la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias de arbitraje en aquellos aspectos disponibles por las partes. Inclusive, se destaca aquí que en Derecho Comparado, el arbitraje es incuestionable en materia Agraria, como bien lo destaca el autor José María Caballero Lozano en su trabajo *Los arbitrajes agrarios* (en *Revista di Diritto Agrario*, Gennaio-marzo 2007, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè- Milano, P. 156).

En el campo de la actividad administrativa y del contencioso administrativo general, se observa que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892 Ext. de fecha 31 de julio de 2008), estatuye en su artículo 70 que:

*"Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución de conflictos, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo."*

Adicionalmente, la misma Ley dispone en su artículo 5, para la vía administrativa que:

*"Los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus atribuciones realicen en sede administrativa actos de convenimiento, desistimiento, de compro-*

*miso en árbitros, de conciliación, transacción, o cualquier otro acto de disposición, relacionados directa o indirectamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, deben solicitar la opinión previa, expresa y favorable de la Procuraduría General de la República. El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo implica la nulidad absoluta del acto, sin que se generen derechos subjetivos y sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles y penales que les sean imputables al funcionario que realice el acto, por los daños causados a los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República".*

Disposiciones que al mismo tiempo de imponer requisitos y condicionamientos a los funcionarios públicos para acometer MARC, también reconocen (aun cuando lo hagan implícitamente), la validez y eficacia de tales medios para asuntos públicos.

El legislador igualmente reconoció y promovió los MARC en leyes de vital importancia para la vida productiva nacional cuando en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (publicada en la Gaceta Oficial N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), estatuyó en su artículo 34, lo siguiente:

*"3. En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas, las cláusulas siguientes: b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, 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". (Negritas nuestras).*

También en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (publicada en la Gaceta Oficial N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999), cuando estableció similar previsión en su artículo 24, numeral 6, literal b); posibilidad que obtuvo su desarrollo de forma reglamentaria cuando el mismo Reglamento de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.471 del 5 de junio de 2000), expresamente aludió al arbitraje como mecanismo idóneo para resolver controversias en su artículo 19.

Inclusive, en el ámbito de las Inversiones Internacionales y Nacionales, el legislador nacional ha promovido el arbitraje como mecanismo alternativo válido, cuando en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (publicada en la Gaceta Oficial Ext. N° 5.390 del 22 de octubre de 1999), se incluyó un Capítulo especial denominado "Capítulo VI sobre Solución de Controversias" (vid. artículos 21 al



23). Igualmente, en la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (publicada en la Gaceta Oficial N° 5.394 Ext. del 25 de octubre de 1999), cuando en su artículo 61 se previó el arbitraje o cualquier otro mecanismo alternativo para resolver las controversias.

Por otra parte, el legislador también ha apostado por la promoción de los MARC en leyes que desarrollan áreas de naturaleza social como la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (publicada en la Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009, *vid.* artículo 113), Ley de Asociaciones Cooperativas (publicada en la Gaceta Oficial N° 37.285 del 18 de septiembre de 2001 *vid.* artículo 63 y siguientes), y en leyes que atribuyen el ejercicio de facultades de policía administrativa como la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (publicada en la Gaceta Oficial Ext. N° 5.561 del 28 de noviembre de 2001, *vid.* Artículos 256 y 257), y la Ley Sobre el Derecho de Autor (publicada en la Gaceta Oficial Ext. N° 4.638 del 1 de octubre de 1993, *vid.* artículo 130).

No obstante es importante destacar que dicha labor legislativa ya se había verificado aún antes de la entrada en vigencia de la CRBV, cuando, por ejemplo, fue sancionada la Ley de Arbitraje Comercial en 1998 (inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Cnudmi), dándole especificidad y especialidad al arbitraje en el foro venezolano.

En el contexto internacional, la República Bolivariana de Venezuela es parte de un número de acuerdos internacionales que promueven la resolución alternativa de controversias mediante el arbitraje. En este sentido, la República suscribió, aprobó y ratificó diversos tratados, que la ubican dentro de los países promotores y afines con el arbitraje, convirtiéndola en lo que comúnmente se denomina "foro amigable", dentro de los cuales cabe destacar: la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) en Gaceta Oficial n° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994; el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de Ciadi) en Gaceta Oficial n° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994; también forma parte de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá) en Gaceta Oficial n° 33.170 del 22 de febrero de 1985; la Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo) en Gaceta Oficial n° 33.144 del 15 de enero de 1985 y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones Gaceta Oficial n° 4.634 Extraordinario, del 22 de septiembre de 1993.

Igualmente, la República Bolivariana de Venezuela ha suscrito una importante cantidad de acuerdos bilaterales de protección de inversiones, los cuales contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado (huésped o receptor) y un nacional de otro Estado, dentro de los cuales se deben mencionar:

PAIS	SUSCRIPCIÓN	G.O. N° / FECHA	VIGENCIA
Alemania	14/05/1996	36.383 / 28-01-1998	16/10/1998
Argentina	16/11/1993	4.801 Ext. / 01-11-1994	01/07/1993
Barbados	15/07/1994	4.853 Ext. / 08-02-1995	31/10/1995
Belgica y Luxemburgo	17/03/1998		
Brasil (*)	04/07/1995	36.268 / 13-08-1997	
Canadá	01/07/1996	5.207 Ext. / 20-01-1998	28/01/1998
Costa Rica (*)	17/03/1997	36.383 / 28-01-1998	02/05/2001
Chile	02/04/1993	4.830 Ext. / 29-12-1994	25/05/1995
Cuba	11/12/1996	37.913 / 5-04-2004	
Dinamarca	28/11/1994	5.080 Ext. / 23-07-1996	19/09/1996
Ecuador	18/11/1993	4.802 Ext. / 02-11-1994	01/02/1995
España	02/11/1995	36.281 / 01-09-1997	10/09/1997
Francia	02/07/2001	37.896 / 11-03-2004	15/04/2004
Irán	02/03/2006	38.389 / 02-03-2006	
Italia	05/06/1990		
	14/02/2001		
Gran Bretaña e Irlanda del Norte	15/03/1995	36.010 / 30-07-1996	01/05/1996
Lituania	24/04/1995	5.080 Ext. / 23-07-1996	01/05/1996
Países Bajos (**)	22/10/1991	35.269 / 06-08-1993	01/11/1993
Perú	12/01/1996	36.266 / 11-08-1997	
Portugal	17/06/1994	4.846 Ext. / 26-01-1995	11/05/1995
Paraguay	05/09/1996	36.301 / 29-09-1997	14/12/1997
República Checa	27/04/1995	36.002 / 17-07-1996	23/07/1996
Rusia	7/11/2008	39.191 / 2-06-09	
Suecia	25/11/1996	5.192 Ext. / 18-12-1997	05/01/1998
Suiza	18/11/1993	4.801 Ext. / 01-11-1994	30/11/1994
Uruguay (*) (***)	20/05/1997	36.519 / 18-08-1998	18/01/2002
Vietnam	20/11/2008	39.170 / 4-05-09	

Notas: \* En espera de notificación por parte de los gobiernos de dichos países.

\*\* El 30 de abril de 2008, Venezuela remitió comunicación oficial manifestando la denuncia del Tratado.

\*\*\* Datos contenidos en las páginas web:

<http://csid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&act=onVal=ParticularCountry&country=ST153>.

[www.mrc.gob.ve/public/Tratados%20-%20Francia.pdf](http://www.mrc.gob.ve/public/Tratados%20-%20Francia.pdf) y <http://www.mpd.gob.ve/venezuela-nva/quinta-parte.htm>.



A la par del desarrollo y promoción legislativa patria, también la Sala Constitucional<sup>3</sup> del Tribunal Supremo de Justicia venezolano<sup>4</sup>, como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro con los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar los asertos y tópicos tratados en las siguientes decisiones, según las cuales:

- a. El reconocimiento al carácter privado y no jurisdiccional del arbitraje, aún y cuando forme parte del sistema de justicia (*vid.* artículo 253 CRBV)
- b. El reconocimiento al carácter constitucional del arbitraje y, por tanto, al deber del operador judicial de decidir en favor de dicho medio, mediante la construcción del principio "pro arbitraje";
- c. El reconocimiento a los poderes cautelares de los árbitros, así como al valor de cosa juzgada de sus laudos y, por tanto, el reconocimiento al carácter vinculante que aquellos tienen sobre las partes. En ese mismo sentido, que el auxilio eventual del Poder Judicial al panel arbitral para la recolección de pruebas o la ejecución de medidas es un recurso válido en todo procedimiento arbitral; así como también, que la recurrencia de las partes a la jurisdicción ordinaria –antes de la constitución del tribunal arbitral– a los fines de obtener tutela cautelar no significa una renuncia "tácita" a la futura formalización del compromiso arbitral, conforme al pacto que dará origen al procedimiento arbitral.
- d. El reconocimiento a que la sumisión del Estado, o una entidad estatal (en sentido lato: que incluye cualquier entidad pública estatal de derecho público o privado) a un procedimiento arbitral internacional o nacional, en virtud de tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones, o con oca-

<sup>3</sup> En este particular léase el trabajo de GUERRERO-ROCCA, Gilberto, titulado *Breve reseña al tratamiento jurisprudencial de la Sala Constitucional venezolana sobre arbitraje*, publicado en la *Revista de Derecho* N° 27 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2008.

<sup>4</sup> Algunas de las sentencias más importantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de arbitraje son: n° 1.139/2000; n° 827/2001; n° 1.393/2001; n° 186/2001; n° 1981/2001; n° 2.635/2004; n° 572/2005; n° 3.229/2005; n° 3.610/ 2005 (especial referencia al Voto Salvado de la Dra. Luisa Estella Morales Lamuño); n° 174/2006 (especial referencia al Voto Salvado de la Dra. Luisa Estella Morales Lamuño); n° 1.121/2007; n° 192/2008 n° 1541/2008 (publicada en la GO n° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) y n° 97/2009 (que ratificó a la n° 1.541/2008 antes referida), y más recientemente la sentencia 1.067/2010 (publicada con carácter "vinculante" en la GO n° 39.561 del 26 de Noviembre de 2010).

sión a una negociación comercial, no significa una renuncia a la soberanía nacional, ni atenta contra las inmunidades de derecho público de la República<sup>5</sup>; reputándola como una manifestación de voluntad estatal conforme a la Constitución.

- e. El reconocimiento a mecanismos excepcionales –como el recurso de nulidad de un laudo– de naturaleza legal y no constitucional, para impugnar las resoluciones de un procedimiento arbitral.
- f. El reconocimiento a la conformidad con la Constitución, de la exigencia de caucionar –establecida– por parte del juez ordinario al conocer de un recurso de nulidad contra un Laudo Arbitral, al estimarse que lo opuesto (la no exigencia de garantías), sería contraria a la tutela judicial efectiva (*ex art.* 26 CRBV) en una de sus más importantes manifestaciones, como lo es, el derecho que tiene la parte ganadora de un procedimiento arbitral, a ejecutar el laudo favorable. Con ello se evita el abuso del recurso de nulidad como una táctica dilatoria, o de sustracción ante la ejecución de los laudos arbitrales.
- g. El reconocimiento al deber que tiene el juez de instancia de remitir inmediatamente y, por ello a declinar, en el panel arbitral (o aquel a constituirse), de cualquier causa que conozca, siempre que le conste la existencia de un compromiso arbitral (*ex último aparte in fine* del art. 5 LAC). Así como el reconocimiento a la competencia que tienen los paneles arbitrales de decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*, *ex artículos* 7 y 25 de LAC).

<sup>5</sup> El artículo 151 de la CRBV que estatuye la inmunidad de jurisdicción en Venezuela, es del tenor siguiente: "En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no 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". Cuya interpretación ha sido realizada por la Sala Constitucional entre otras sentencias en n° 1.541/2008 (publicada en la GO n° 39.055 del 10 de Noviembre de 2008) y n° 97/2009 (que ratificó a la sentencia n° 1.541/2008 antes referida), y más recientemente por la sentencia 1.067/2010 (publicada con carácter "vinculante" en la GO n° 39.561 del 26 de Noviembre de 2010).

---

2.

La resolución de conflictos  
en el marco de la  
Unión Suramericana de Naciones  
(Unasur)

*La necesaria consolidación  
de un centro de conciliación,  
mediación y arbitraje para la región*

---

#### LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UNASUR

Tanto en el plano interno como en el internacional, un factor fundamental para la convivencia y la construcción de una comunidad basada en los principios de democracia, participación y de tutela efectiva de los derechos fundamentales, es la eficaz resolución de los conflictos entre los miembros de la sociedad.

Ciertamente la resolución de conflictos se ha señalado como un instrumento garante de la paz, en la medida que todo sistema de justicia justifica su existencia, en su capacidad resolver controversias entre partes que requieren la declaratoria de derechos, mediante el trámite de un debido proceso, el cual se constituye en un medio para la obtención de la justicia, y que tiene repercusiones más allá de los mecanismos adjetivos que de forma abstracta establecen las normas aplicables (*justicia formal*), ya que sólo alcanza una aplicación concreta en la correcta resolución de la controversia (*justicia material*).

Ahora bien, bajo el parámetro de la democracia participativa el análisis de cualquier institución en el ordenamiento jurídico venezolano o internacional, ha sufrido una radical vinculación a la necesidad de "(...) dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...)", tal como lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela al establecer que:

"(...) Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gu-

bernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...), como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que la interpretación y alcance del ordenamiento jurídico vigente debe propender a la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución, para que el ejercicio de esa participación sea realmente efectivo.

Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima.

Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales-, sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, deben asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación (...).<sup>1</sup>

Las consideraciones parcialmente transcritas, al ser aplicadas en el plano internacional a la resolución de conflictos entre los particulares, los Estados y entre ellos, comportan reiterar la firme convicción de considerar que en el marco de cualquier sistema de justicia, la posibilidad de lograr acuerdos a través del consenso, la negociación o el arbitraje, donde las partes puedan tener soluciones que satisfagan sus intereses como resultado de su propia decisión, es expresión de una verdadera sociedad democrática y participativa.

Ello no sólo ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, sino es resultado de la experiencia común de todos aquellos que han participado activamente en el ejercicio de la actividad jurisdiccional "formal". Así, los avances en torno al derecho a un libre acceso a la justicia, no se limitan a la posibilidad de intervenir o movilizar a los órganos del poder judicial, sino comporta que todos tengan la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que éste sea dentro del sistema de justicia, en virtud del cual se consiga efectivamente una solución a la controversia o conflicto planteado.

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia N° 471/06, caso: "Gaetano Minuta Arená".

Al respecto, resulta plenamente aplicable la posición de Warren E. Burger, al señalar que la noción que los ciudadanos comunes quieren jueces con toga negra, abogados bien vestidos y tribunales bien revestidos como marco para resolver sus disputas, no es correcta. La gente con problemas, lo mismo que la gente con enfermedades, quiere remedios, y los quiere lo más rápido y barato posible.<sup>2</sup>

En el plano internacional, los medios alternativos de resolución de conflictos presentan innumerables ventajas frente a otras experiencias en ese sentido, ya que su naturaleza y características, no sólo garantizan los principios de soberanía y seguridad jurídica, que tan celosamente buscan tutelar Estados, inversionistas y comerciantes (públicos y privados), sino generaría una ventaja sustantiva en el logro de la justicia material al obtener resoluciones de conflictos efectivas y adecuadas a las realidades de la región.

En orden a lograr un sistema de justicia eficaz a nivel regional, que viabilice y consolide la integración planteada en el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, se incluyó en la llamada Declaración de Nueva Esparta de la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur), una propuesta para la constitución de un centro que permita abordar a través de los medios alternativos para la resolución de conflictos, las diferencias que eventualmente surjan con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países.

Las presentes líneas procuran exponer las ventajas que constituiría para la Unión Suramericana de Naciones (Unasur), acometer la implementación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, así como las características generales y principios que deberían regir tal institución, para lo cual se abordará el alcance y contenido de la llamada Declaración de Nueva Esparta de la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur), así como algunos comentarios en torno al referido centro.

<sup>2</sup> Vid. Voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett en la sentencia C-893/01 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Tal corriente de pensamiento se resume en la afirmación según la cual "Hay pruebas contundentes de que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo" que cuando es un tercero impuesto (juez), el que resuelve lo que tienen que hacer. Cfr. SINGER, LINDA, "Orígenes y Evolución del Movimiento de la Resolución de Litigios". En: *Mediación: Resolución de Conflictos*. Ed. Paidós, 1996, p. 28.

## LA DECLARACIÓN DE NUEVA ESPARTA

Los Presidentes y representantes de los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela –así como Panamá en su condición de invitado– reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre –Declaración de Nueva Esparta, su consenso en relación a los:

*"(...) Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.- Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (...). Proponemos a los Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur, que se considere en el temario de sus reuniones: (...). b) La creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (...)"*

Dicha propuesta se constituye, en un hito fundamental en la materialización del proceso de integración planteado en el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, ya que desde una perspectiva histórica los procesos de integración regionales desarrollados a lo largo del mundo –como el Mercado Común del Sur o Mercosur, o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcán)– han evidenciado la necesidad de reafirmar el arbitraje, al igual que los demás medios alternativos de resolución de controversias, como el más adecuado instrumento para la solución de conflictos en las relaciones comerciales internacionales.

No obstante, la propuesta elevada a la Unión Suramericana de Naciones (Unasur) trasciende la necesidad común para justificar la creación de estas instancias o instituciones para la resolución de controversias, tales como la flexibilidad, celeridad y especialidad de los mismos y se erige como una respuesta para lograr que la integración suramericana sea alcanzada a través de un proceso innovador –que contenga toda la experiencia recabada en el Mercosur y la CAN, así como de Chile, Guyana y Surinam– que responda a las características propias de la región y que tenga como objetivo lograr el desarrollo sostenible de los Estados que conforman Unasur.

Ciertamente, un centro de conciliación, mediación y arbitraje al servicio de los miembros de Unasur, eliminaría la dependencia y exposición de nuestros Estados a organismos judiciales internacionales que desconocen las características, intereses y valores de la nación suramericana, lo que ha sido puesto de manifiesto por

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N° 1.541/2008 (publicada en la Gaceta Oficial N° Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008), al señalar que:

*"(...) la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia."*

No obstante, si bien es innegable que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales, plantea asumir el tema de la resolución de conflictos resultantes de esa vinculación, fundamentalmente en el ámbito económico y sobre todo en el área de los negocios internacionales; no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.

Por el contrario, es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines –vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo–; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la ma-



yor cantidad de beneficios económicos; que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).<sup>7</sup>

Así, el equilibrio entre las necesidades e intereses de los agentes económicos (públicos o privados) de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos, las controversias que resulten del desarrollo de actividades comerciales y de inversión que se desarrollan e implementarán con la consolidación de Unasur, se logrará en el plano jurisdiccional al permitir la posibilidad de acceder a una instancia en la cual se diriman conflictos vinculados a proyectos de cualquier índole.

De esta forma el desarrollo de planes de inversiones en materia energética o infraestructura, como la construcción de gasoductos, refineries, sistemas de interconexión eléctrica, ferroviaria o de telecomunicaciones, así como todo lo relativo al desarrollo de actividades financieras regionales o respecto de los contratos y negociaciones de índole comercial o de inversión que se desarrollen entre los Estados y los nacionales de los miembros de Unasur o cualquier otro país, tendrían una instancia confiable para la resolución de sus controversias.

En ese sentido, la lista de árbitros, conciliadores y mediadores estaría integrada por nacionales o residentes de países miembros de Unasur, lo que garantizaría el conocimiento de las necesidades, características e idiosincrasia de la región, y al menos desde el punto de vista conceptual, permitiría soluciones adecuadas y efectivas a la resolución de los conflictos, ya que no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad del operador de justicia (árbitro), de actuar con pleno conocimiento de la realidad social y una amplia facultad de elección en materia de hermenéutica jurídica, en la medida que la tutela judicial de los derechos e intereses, no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir.

De igual forma la propuesta tiene la ventaja de no generar un incremento en el plano burocrático, debido a que el mecanismo arbitral es flexible y dinámico, en la medida en que sólo se activará cuando se genere una disputa específica y así evitar la creación de una estructura rígida desde el punto de vista normativo y funcional, como otras experiencias. Por lo que igualmente, es posible disminuir los costos y cargas económicas a los Estados miembros de Unasur, debido a que tal mecanismo no supone magistrados o jueces con residencia o establecimiento permanente, generándose únicamente aquellos gastos que se produzcan con ocasión de la de la resolución de una disputa en concreto y a cargo de las partes en conflicto.

Desde una perspectiva pragmática, un centro de conciliación, mediación y arbitraje se caracterizaría por su flexibilidad y dinamismo, por lo que los Estados miembros de Unasur y sus empresas estratégicas, serían libres de escoger o determinar qué o cuáles materias realmente desean que sean sometidas al arbitraje, mediación o conciliación.

Indudablemente los Estados deben determinar, según razones de oportunidad y conveniencia, las condiciones y alcances de sus relaciones internacionales, así como los medios alternativos de resolución de conflictos, lo cual en el caso de Venezuela de conformidad con el texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son todos ellos (arbitraje, conciliación, negociación) ya que forman parte del sistema de justicia, sin que exista prevalencia de un medio sobre otro.

La propuesta presentada a Unasur, no desconoce que si bien los Estados y sus gobiernos conforme a su ordenamiento jurídico, se encuentran limitados en la extensión de sus facultades frente a otros sujetos de derecho internacional por principios fundamentales del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>, también es que la soberanía y la autodeterminación nacional permiten y obligan desde una concepción social de su existencia y justificación, establecer las condiciones más favorables para el logro de los intereses y fines del Estado.

Por lo tanto, un centro de conciliación, mediación y arbitraje consolidaría el principio de autodeterminación, ya que para ser válido y eficaz, el consentimiento del Estado para someterse a los medios alternativo de resolución de conflictos, éste debe ser inequívoco y expreso, lo cual presupone que el consentimiento deba ser informado -ya que responde a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular- y por ello libre, para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía.

En definitiva, no puede perderse de vista que la propuesta contenida en la Declaración de Nueva Esparta, es consecuencia del movimiento a favor de Resolución Alternativa de Conflictos, que se inicia como en América latina en la última década del siglo pasado, sustentado en los valores democráticos antes mencionados.

Al asumir plena conciencia de las crisis de los sistemas de justicia tradicionales, los Estados han encarado diversos procesos de reforma, los cuales abarcan varios aspectos de la administración de justicia, tales como reorganización de sus órganos, reformas legislativas, incorporación de sistemas de tecnología o capacitación

<sup>7</sup> Tales como las limitaciones contenidas en el artículo 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "(...) El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional (...)"



de los recursos humanos; lo cierto es que una de las más efectivas transformaciones es la introducción de la resolución alternativa de disputas, y especialmente los relativos a la mediación, conciliación y el arbitraje.<sup>4</sup>

Este nuevo enfoque en cuanto a resolución de controversias, compromete no sólo a los Estados y sus relaciones internacionales, sino a las políticas públicas en materia de justicia—formación de los operadores de justicia, así como a los particulares, como comerciantes o inversionistas— como usuarios del servicio del cual forman parte. Por lo que deberían igualmente asumir un papel protagónico a fin de que el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos se convierta en una práctica social—al someterse a la jurisdicción de estos medios— que restituya a los sujetos en controversia su poder en la decisión o medios para la resolución de los conflictos, a la vez que constituye una ampliación efectiva del acceso a justicia.

#### EL ARBITRAJE Y UNASUR

Como se señaló anteriormente, el proceso de integración de Unasur pretende el desarrollo de un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero, ambiental y en la infraestructura de los Estados que lo integran,

*"(...) bajo un nuevo modelo de integración con identidad propia, pluralista, en medio de la diversidad y las diferencias, reconociendo las distintas concepciones políticas e ideológicas, que corresponden a la pluralidad democrática de nuestros países (...). Este nuevo modelo de integración comprende el ámbito comercial y una articulación económica y productiva más amplia (...). El objetivo último de este proceso de integración es y será favorecer un desarrollo más equitativo, armónico e integral de América del Sur (...)"*.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Como lo expresan Jay Folberg y Alison Taylor: "Las formas de resolución de conflictos en las que una tercera parte ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a llegar a sus propias decisiones probablemente han existido desde que había tres o más personas sobre la tierra. La mediación, como la mayoría de los conceptos, no es una innovación novedosa, sino una adaptación de la que ya existía en otras culturas o en otras épocas", reflexiones que resultan plenamente aplicables a todos los medios alternativos de resolución de conflictos. Cfr. Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos sin Litigio*, Limisa Noriega Editores, México, 1992, Pág. 21.

<sup>5</sup> *Ibid.* Declaración de Cochabamba, Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana II Cumbre de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Cochabamba, 9 de diciembre de 2006.

En el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, los anteriores postulados son recogidos en los artículos 2 y 3, mediante los cuales se definen los objetivos de la Unasur, en los siguientes términos:

**"... Artículo 2.- Objetivo.** La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

(...)

**Artículo 3.- Objetivos Específicos.** La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos:

(...)

d) la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;

e) el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;

f) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros;

(...)

h) la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza;

m) la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva;

n) la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción

tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios (...)"

La realización de tales cometidos, sin lugar a dudas conllevará a un mayor intercambio comercial y al incremento de inversiones extranjeras directas para promover efectivamente la transferencia de capitales, tecnologías, servicios, así como el acceso de la producción nacional a los mercados foráneos y en esa relación del Estado con el capital extranjero se generará una vinculación de sistemas de Derecho Internacional Privado y Público, en el cual el régimen del arbitraje internacional y las inversiones extranjeras será cardinal.

Así, mediante los arbitrajes internacionales se podrán resolver las disputas originadas en operaciones internacionales como aquellas relacionadas con el comercio exterior, la compraventa internacional de mercaderías, o a cuestiones vinculadas con la obtención de licencias, transferencias de tecnología, construcción, seguros, franquicias, transportes, prestación de servicios, bancos, financiamientos y materias relacionadas con inversiones extranjeras.

Es común que los Estados que pretenden atraer inversiones deban soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral que podría estar referido al centro de conciliación, mediación y arbitraje de Unasur. Ello permitiría brindar a los inversionistas seguridad, en lo relativo al ya mencionado temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales y a los Estados el logro de una decisión ajustada a derecho y que efectivamente responda a la realidad de la región.

La relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores que se encuentra regulada fundamentalmente por un conjunto de tratados de inversión bilaterales o multilaterales<sup>6</sup>, con arreglo a los cuales las entidades foráneas que realicen inversiones en el territorio de otro Estado se aseguran protección, especialmente en materias tales como el trato igual y no discriminatorio, aplicación material de las cláusulas de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo,

<sup>6</sup> Los tratados firmados bilateralmente entre Estados, sobre la promoción y protección de las inversiones en uno y otro de los Estados firmantes, han sido denominados en múltiples formas pero comúnmente son conocidos por sus siglas en inglés como "Bilateral Investment Treaties (BIT)" o en español "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri)", o aquel Tratado Internacional entre dos Estados, por el cual cada uno de ellos se compromete a proteger y promover, en la misma forma en que se haga en el territorio del otro Estado contratante, si bien con sujeción a las disposiciones propias de derecho interno de cada una de ellas, las inversiones realizadas por particulares de cada uno de ellos.

justa compensación en caso de expropiación, libre transferencia de rentas, se encuentran referidas en cuanto a su recurribilidad ante instancias extranjeras –con las desventajas ya anotadas– como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), Corte Internacional de Arbitraje (ICC), entre otras.

Muestra de tal circunstancia, es el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, que en su artículo 9.2 establece que...

*"(...) de no lograrse una solución amistosa dentro de los seis meses desde la fecha de solicitud para celebrar las consultas, el inversor podrá someter las disputas al Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) (...)"*<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Cfr. Gaceta Oficial N° 4.801 Extraordinario del 1 de noviembre de 1994. Asimismo, la República Bolivariana de Venezuela al suscribir el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán –GO N° 38.389 del 2 de marzo de 2006– optó por una solución distinta al establecida en su artículo 11, lo siguiente *"(...) en caso que la Parte Contratante Receptora y el/los inversionistas no logran acordar, en un periodo de seis meses a partir de la fecha de notificación del reclamo efectuado por una de las Partes a la otra, el inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a: a.- Un Tribunal arbitral ad hoc a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o b.- Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París; o c.- Centro Internacional para la solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención [condición que no se verifica en la actualidad en el caso de Irán] (...)"* (Corchetes añadidos); o el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –GO N° 37.913 del 5 de abril de 2004– según el cual la resolución de controversias derivadas de la ejecución del mismo, debe resolverse conforme su artículo 9, a la elección del inversor a los *"(...) tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o al arbitraje (...)"*. 2.- *El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje (...)*. 3.- *El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido conforme las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (...)"*; asimismo, prevé expresamente el Acuerdo bajo examen en su Protocolo, que *"(...) en caso de que en el futuro ambas Partes lleguen a ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3, se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones C.I.A.D.I., y sólo en el caso en que, por cualquier circunstancia, Ciadi no esté disponible, se someterá al arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (...)"*.

...en el cual dos países latinoamericanos deben someter la resolución de sus diferencias, a una instancia extranjera que resulta estructuralmente limitada para la resolución de los conflictos que les sean planteados.

En tal sentido, resulta injustificable que la región no cuente con un mecanismo propio de medios alternativos de resolución de conflictos y, que casos fundamentalmente locales como las diferencias entre las Repúblicas de Argentina y Uruguay respecto a las obras de las plantas de celulosa que se construyen en Fray Bentos, deban ser decididos por la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya.

Por ello resulta imprescindible que en el marco de la autonomía de la voluntad y del principio de soberanía los Estados miembros de Unasur, tengan la posibilidad de optar y ofrecer la oportunidad al inversor extranjero de acudir a una instancia arbitral internacional, que responda a los intereses de la región y permita abaratar costos.

Ahora bien, como ya se advirtió con anterioridad, los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones extranjeras, no solamente prevén normas relativas al compromiso asumido por los Estados respecto de las inversiones a realizar por sus particulares en el territorio del otro, cuya extensión puede incluir todas las materias que puedan llegar a decidir dichos Estados como sujetos de derecho internacional; sino que posibilitan que sea el propio particular y no su Estado de nacionalidad, quien tenga el derecho a solicitar ante particulares organismos y por determinados medios, la protección frente al incumplimiento de los compromisos asumidos en los mencionados acuerdos bilaterales por parte del Estado receptor de las inversiones.

Un centro de conciliación, mediación y arbitraje para Unasur, propenderá a asegurar la autonomía regional y permitirá recuperar la confianza en los medios alternativos de resolución de conflictos, vistas las experiencias padecidas por muchos de los países suramericanos o de otras regiones, los cuales han quedado expuestos a cuestionamientos sobre el uso y aprovechamiento de sus recursos, naturales, energéticos y productivos.

Por otra parte, la institucionalización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos no sólo concede ventajas de tipo económico para sus usuarios, sino se constituyen en una garantía para los Estados, inversores y comerciantes en general en la medida que concretizan el principio de acceso a la justicia a que tiene derecho toda persona, para lograr una tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión, que se ve enervado en muchos casos al obligar a los justiciables a trasladarse a un lugar distinto a aquél donde ocurrieron los hechos.

Así, en el ámbito internacional (regional) pueden referirse diversos casos en los cuales ha sido necesaria la implementación de mecanismos de resolución de con-

flitos, como en el supuesto del Mercado Común del Sur o Mercosur. Al respecto, han sido elaborados varios instrumentos por el Mercosur que regulan la solución de controversias, pero que no tratan el arbitraje entre los particulares, entre los cuales se pueden mencionar el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (1991); Anexo sobre Procedimiento General para las Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, Protocolo de Ouro Preto y su Anexo (1994) o la Directiva sobre Mecanismo de Consultas de la Comisión de Comercio del Mercosur (1996).<sup>8</sup>

El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur Suscrito en Colonia del Sacramento de la República Oriental del Uruguay el 17 de enero de 1994, fue suscrito, según Roberto Dromi, para satisfacer las necesidades de los países signatarios de fondos frescos, con lo cual se concibió la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversores de una de las Partes contratantes en el territorio de otra.<sup>9</sup>

En particular, en lo que se refiere a la solución de conflictos entre las partes del Mercosur, el Protocolo remite a lo resuelto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, o eventualmente a lo previsto en el Tratado de Asunción, no obstante el Protocolo de Olivos del 18 de febrero de 2002, establece un procedimiento arbitral que reemplaza el previsto por el Protocolo de Brasilia, derogando el mismo, y creando un Tribunal Permanente de Revisión.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscrito en Buenos Aires (1998), conjuntamente con el cual se firma el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, Bolivia y Chile (1998), se refiere al arbitraje internacional comercial entre particulares. Por su parte, en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto que regula el procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, establece en su artículo 1, que "(...) Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originados en los Estados Partes o en reclamaciones de particulares -personas físicas o jurídicas- de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Protocolo de Ouro Preto, se ajustarán al procedimiento establecido en el presente Anexo (...)".

<sup>9</sup> DROMI, ROBERTO J. *Código del Mercosur*, T. 1, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 308.

<sup>10</sup> Así, el artículo 9 del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur, define el procedimiento a seguir en el supuesto de una controversia suscitada entre el inversor extranjero y un Estado parte, según el cual "(...) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas. 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor: a) a los tribunales competentes de la Parte Con-



Otro caso lo constituye el de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ya que en el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999<sup>11</sup>, se asignó a este órgano del sistema andino de integración nuevas competencias, entre las cuales se encuentra la función arbitral<sup>12</sup>.

trante en cuyo territorio se realizó la inversión; o ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo; iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción. 3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva. 4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación; b) a un tribunal de arbitraje 'ad-hoc' establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). 5. El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia. 6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación (...).

<sup>11</sup> Así, el artículo 38 del referido Protocolo establece que: "(...) Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro (...).

<sup>12</sup> A diferencia, de tales soluciones, se tiene el caso del supuesto regulado en el Tratado de Libre Comercio Colombia, México y Venezuela (Grupo de los Tres), suscrito el 13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias y, denunciado por la República el 22 de mayo de 2006, que regula el sometimiento al sistema de justicia arbitral, en los siguientes términos: "(...) Artículo 17-18: Comunicación y Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje. El inversionista contendiente que pretenda someter una reclamación a arbitraje en los términos de esta sección lo comunicará a la Parte contendiente. Siempre que hayan transcurrido noventa días desde la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior y seis meses desde

En el ámbito europeo puede mencionarse el caso del denominado *Energy Charter Treaty (ETC)*, según el cual cada parte contratante da su incondicional consentimiento para someter las disputas que surjan con ocasión de ese tratado, a mecanismos internacionales de arbitraje o conciliación y en el caso del primer medio alternativo, hasta cuatro modos, a saber: (i) arbitraje Ciadi –si se ha suscrito su Convención– (ii) el mecanismo complementario del Ciadi –si no se ha suscrito su Convención– (iii) arbitraje *ad hoc* normado por el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y (iv) un arbitraje por la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al ser el arbitraje el sistema de resolución de controversias por excelencia en el plano internacional, cuando nos referimos a un arbitraje de inversión en el que se debate sobre el incumplimiento de un tratado (*treaty claims*), ello no excluye que las anteriores consideraciones puedan ser aplicadas a los arbitrajes en los cuales se están debatiendo otro tipo de cuestiones que aún ubicadas en el marco internacional se refieren a cuestiones de orden comercial ordinaria a los cuales se les suele denominar *arbitraje comercial internacional*.

En Venezuela, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción que se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos<sup>13</sup>. Con ello, no sólo

que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: a) las Reglas del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio de Ciadi'), cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario de Ciadi, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de Ciadi; o c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ('Reglas de Arbitraje de CNUDMI'), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976, cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de Ciadi, o este no se encuentre disponible. Las reglas propias de cada uno de los procedimientos arbitrales mencionados en el párrafo anterior serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección. Cada Parte consiente en someter las reclamaciones a arbitraje de conformidad con lo previsto en esta sección (...).

<sup>13</sup> Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente: "(...) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de

se ampliará las materias que puedan ser sometidas a arbitraje, sino que se extendió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el Poder Judicial, entre los que se encuentra el arbitraje, lo cual si bien implica un desahogo de esa justicia ordinaria, también logra la realización del fin del Derecho, como lo es la paz social, lo cual permite afirmar que:

*"(…). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)"*<sup>14</sup>

*Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o los auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio (...). Artículo 258. (...) La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)"* (Subrayado añadido).

<sup>14</sup> Vid. sentencia de esta Sala N° 192/08. Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, —en el caso del arbitraje, el laudo arbitral y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, "(...) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)" —Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.139/00—. Vid. MEDRALLA J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3ª Ed., 1998—. Por ello, cuando la Sala afirmó que "(...) los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)" y que "(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje* (...)" —Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08— no puede interpretarse como una jerarquización por vía jurisprudencial a favor del arbitraje y en detrimento de los otros medios alternos de resolución de conflictos, sino que en el caso de proceder el arbitraje u otro medio, debe favorecerse la implementación del mismo para la resolución del conflicto.

## UN CENTRO DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN UNASUR

El Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Unasur deberá constituirse como un organismo intergubernamental autónomo, que no reproduzca las experiencias del Ciadi y sus fuertes vínculos con el Banco Mundial<sup>15</sup>, pero que asuma activamente las ventajas de una estructura amplia y flexible en la cual el correspondiente Convenio Constitutivo no solo cree el respectivo Centro sino que establezca un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversionistas internacionales y Estados receptores, así como de arbitraje internacional en general.

Por ello el respectivo Centro no debería en sí mismo arbitrar o conciliar las disputas que se sometan a su conocimiento, ya que tales funciones serían ejercidas por los órganos de conciliación y los tribunales de arbitraje que se constituyan "ad hoc" por las partes, para cada procedimiento. De modo que las funciones del Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Unasur, serían básicamente las de una oficina de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje.

Los lineamientos generales que deberían definir las características de ese Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Unasur, serían los principios de autonomía, universalidad y voluntariedad.

Respecto del **principio de autonomía**, el mismo debe concretarse en la constitución de una estructura jurídica basada exclusivamente en tratados, normas y reglamento propios, que no dependan de reglas de arbitraje diversas a las que emanan del propio convenio constitutivo, sin perjuicio de la aplicabilidad en cada caso de las normas sustantivas para la resolución de la disputa —*vgr.* Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri).

Dicha autonomía debería reflejarse igualmente, en el ámbito funcional administrativo y financiero del Centro, lo cual permitiría generar un grado mayor de confianza en los usuarios del sistema y en la efectividad en el desarrollo de sus competencias.

Con ello, se propendería a ofrecer una instancia confiable que en el contexto de las negociaciones internacionales, permitiría la posibilidad de que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favo-

<sup>15</sup> La sede el Ciadi se encuentra en Washington en las oficinas centrales del Banco; el personal que trabaja en el Ciadi es en su totalidad personal del Banco destacado al Centro; su membresía, en términos generales, está limitada a aquellos estados que son miembros también del Banco y tradicionalmente, el Vice-presidente y Asesor Jurídico del Banco ha sido siempre elegido por el Consejo Administrativo del Ciadi, así como su Secretario General.

rabable para sus intereses -*Forum Shopping*-, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones.<sup>16</sup>

En cuanto al **principio de universalidad** del sistema, se debería asumir *ab initio* la posibilidad de someter controversias al Centro, no sólo de aquellos países miembros de Unasur, sino también de aquellos países, inversionistas o particulares que no habiendo suscrito el correspondiente "Convenio de Constitución del Centro", no obstante puedan someter sus disputas a su conocimiento. Así, se posibilitaría el conocimiento de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del "Convenio de Constitución del Centro", circunscribiéndose los mismos a los (i) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante del "Convenio de Constitución del Centro"; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión; (iii) sobre transacciones comerciales ordinarias; (iv) e incluso que un Estado pueda iniciar un procedimiento en contra de un inversionista.

De esa forma, el Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Unasur se constituiría en uno de los pocos fueros internacionales al que los inversionistas privados tendrían acceso directo y en representación propia. Sin perjuicio que en el marco de la autonomía de la voluntad y del principio de soberanía de los Estados se prevea la facultad de cada Estado determinar las materias incluidas o excluidas del correspondiente tratado y los medios o modalidades para la tutela de los derechos de los inversores, lo cual posibilita que se permita al inversor, tanto acudir directamente al arbitraje internacional -modalidad conocida como *fork in the road*- o en cambio establecer la obligación de someter en primer lugar la controversia a los tribunales nacionales y sólo considerar abierta la vía del arbitraje internacional, ante la omisión de pronunciamiento u otras circunstancias.

Finalmente, el principio de voluntariedad, según el cual la ratificación por los Estados del Convenio de Constitución del Centro no sea considerada como una oferta abierta o unilateral de voluntad de los Estados de someterse al arbitraje regulado por ella.

<sup>16</sup> Vid. RICHARD H. KREINDLER, *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* - ICC Institute of World Business Law. Bernardo M. Cremades & Julian D.M. Lew, París, 2005 y WEINBERG DE ROCA, JNÉS, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

El principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje, *vgr.* arbitrajes internacionales o nacionales.<sup>17</sup>

Bajo tal principio, se incorpora toda la doctrina relativa, además, a la formación y vicios del consentimiento, así como un análisis en relación a las materias que pueden por voluntad de las partes ser objeto de un proceso de arbitraje. Vale decir, qué controversias pueden ser válidamente resueltas mediante un laudo arbitral sea éste nacional o internacional (arbitrabilidad).<sup>18</sup>

Como bien se evidencia de la experiencia en el foro internacional, en el arbitraje los problemas concernientes a la jurisdicción y competencia están básicamente limitados a la determinación y alcance del consentimiento para someter controversias al sistema de justicia arbitral, siendo que la existencia de una cláusula arbitral

<sup>17</sup> Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado categóricamente que "(...) el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje (...)" -*Ibid.* Sentencia de esta Sala N° 192/08.

<sup>18</sup> Sobre este aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que el criterio para determinar cuándo una disputa es arbitrable depende del ordenamiento jurídico que se trate, siendo que bajo algunas legislaciones sólo es posible someter una disputa a arbitraje cualquier ámbito jurídico en el cual las partes son libres de disponer de los derechos que serán objeto de la eventual demanda ante el tribunal arbitral, o bien se utiliza como criterio la capacidad de las partes de poder acordar someterse a la justicia arbitral más que el parámetro referido a la posibilidad de disponer libremente de los derechos en conflicto. Sin embargo, los medios para someter determinada controversia a arbitraje puede ser el resultado de los dos criterios antes mencionados, de disposiciones expresas que prohíban el sometimiento de particulares materias a la justicia arbitral o a otras formas o criterios -*Ibid.* BERNARDINI, PIERO, *The Problem of Arbitrability in General*, en la obra editada por EMMANUEL GILLARDI y DOMENICO DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 517-522; Decisión de la Corte Suprema Federal de Suiza (Schweizerischen Bundesgerichten) del 23 de junio de 1992, caso: *Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara S.p.A. versus M. and Tribunal Arbitral y BABON, PATRICK, M. y LOGGER, STEFAN, A Second Look at Arbitrability*, en la Revista *Arbitration International. The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA)*, Vol. 19, N° 1, Londres, 2003, p. 27-54.



o acuerdo de arbitraje dependerá en cada caso, de la concurrencia de la intención de las partes de someterse a esta jurisdicción y la prueba de su existencia.

Por ello debería asumirse una clara posición en torno a que la voluntad que manifieste el Estado de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito; ya que el mismo debe ser expreso y perfectamente delimitable sobre qué materias o asuntos puede versar, lo cual presupone como se enunció anteriormente, que esa formalización del consentimiento que se realiza en forma escrita, sea libre e inequívoco. La razón que justificaría la satisfacción del carácter escrito, sería desde el punto de vista práctico (probatorio), que el mismo proveería la evidencia de la manifestación externa y concurrente del consentimiento de las partes, así como la extensión de las materias y los requerimientos –de haberlos– para acceder a la sede arbitral.

Con base a tales determinaciones, debería producirse una regulación expresa que tome en consideración las experiencias que en plano internacional se han producido en diversas materias.

Así, en operaciones vinculadas a inversiones que en algunos casos se materializan en un grupo de acuerdos sucesivos, reconocer que tales circunstancias deban analizarse bajo una perspectiva general (conjunto) de expresiones del consentimiento, lo que comporta que las cláusulas de arbitraje no sean consideradas como aplicables a los límites derivados del documento particular que contenía la cláusula arbitral, sino enmarcadas dentro del contexto de la relación contractual total de las partes y por ello aplicables a la operación entera<sup>19</sup>.

Definir los parámetros interpretativos para la definición de la existencia de una manifestación de voluntad válida, en la medida que conforme a la doctrina la manifestación de voluntad del Estado es posible que se produzca bajo tres vías, a saber (i) con la suscripción por parte de la administración (nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) de un contrato en el cual se incluya una cláusula de arbitraje; (ii) mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y; (iii) mediante el establecimiento por una ley nacional<sup>20</sup>. Tales definiciones, podrán evitar que se generen

<sup>19</sup> Cfr. la decisión de Ciadi en el caso *Holiday Inns versus Morocco*, del 12 Mayo de 1974 y a LALIVE, P. *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns versus Morocco) Some Legal Problems*, 51 *British Year Book of International Law*, 1980, p. 123, 156-159.

<sup>20</sup> En ese sentido se ha interpretado el contenido del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi) –Vid. CREMADES, BERNARDO. *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century*. Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001).

decisiones tan controvertidas en el foro, como la decisión N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. versus Arab Republic of Egypt*), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada "Ley de Inversiones de Egipto" no requería de las partes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.<sup>21</sup>

Si no se logra establecer parámetros claros en esta materia, el sistema de medios alternativos de resolución de conflictos se vería seriamente afectado, tal como ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, al señalar que

*"(...) la tendencia internacional es establecer disposiciones claras en torno a la voluntad de los Estados de someterse de forma unilateral a la jurisdicción arbitral y, en aquellos casos en los cuales la legislación resultaba favorable desde la perspectiva de los tribunales arbitrales para someter controversias a su jurisdicción en contra de la voluntad de los Estados, tales disposiciones legislativas han sido derogadas por sistemas rígidos que niegan tal posibilidad (...)"*<sup>22</sup>.

Sobre este aspecto, en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia zanjó cualquier discusión respecto a la posibilidad de una oferta general contenida en la legislación vigente –Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras–<sup>23</sup>, al señalar que al analizar la manifestación de voluntad del

<sup>21</sup> Que las leyes puedan ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, es ampliamente reconocido en el foro internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: *Tradex Hellas SA vs. Albania*) –Vid. Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_262\\_\(1996\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_(1996).pdf)–, en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada "Ley de Albania de 1993" contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi).

<sup>22</sup> Sentencia N° 1.541/08.

<sup>23</sup> El artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (GO N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999), establece lo siguiente: "(...) Artículo 22. Las 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, o las controversias 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), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del

Estado conforme al derecho interno, en la medida que con base a tal ordenamiento jurídico genera el acto estatal, así como bajo los principios y criterios internacionales en la materia –para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional– concluyó que la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras no contiene una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse al arbitraje y en particular a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.<sup>24</sup>

En el marco de las anteriores consideraciones, la iniciativa propuesta deberá generar un replanteamiento en el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados que conforman la Unasur, el cual no solo versará en la necesidad de revisar el contenido de los tratados bilaterales y multilaterales vigentes, y la inclusión de protocolos modificatorios que incluyan al Centro de conciliación, mediación y arbitraje de la Unasur, como la instancia natural para la resolución de conflictos, sino la reinterpretación y abandono de posiciones doctrinales rígidas en cuanto a las materias que pueden ser objeto de arbitraje.<sup>25</sup>

*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 (...)*” (Destacado añadido).

<sup>24</sup> Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela advirtió que “(...) si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario, ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional. Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional –Cfr. Cladi, caso: “CSOB vs. Slovakia” del 24 de mayo de 1999– (...)”. En tal sentido, se destacó que un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica tanto desde el punto de vista formal como práctico, bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Cfr. Sentencia N° 1.541/08 y GONZÁLEZ DE COSÍO, FRANCISCO, “El Principio Compétence-Compétence Revisado”, en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

<sup>25</sup> En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció “(...) que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contra-

dicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas ‘sensibles’ como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras. Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva, siendo, por el contrario que la libre y consentada estipulación de optar por un medio alternativo –vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras–, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva. Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial. La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarlo preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia –vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato–, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes. De ello resulta pues, que las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a hacer cesar, iniciar o modificar una práctica o actividad del presunto infractor de la normativa especial y no orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga –en cada caso– de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad

Tal revisión no implicaría en forma alguna un desconocimiento de los principios de soberanía de los Estados, ya que "(...) no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (*verfassungswidrige*) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne naturecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución (...) radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reactiva a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 *iusdem* (...)".<sup>26</sup>

Por lo tanto, se debe tener presente que si bien es posible que los Estados puedan someterse soberanamente a la jurisdicción internacional, en caso que la decisión del correspondiente órgano contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en los mismos. No obstante, tales circunstancias no deberían producirse o al menos podrían evitarse en la medida que exista una normativa clara en la regulación de los medios alternativos de resolución de conflictos, que permitan que las decisiones que se asuman en dicho foro, estén fundamentadas correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente

de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por 'remarcaje' de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva). Así, visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compete tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional (...)" (Sentencia N° 1.541/08: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

<sup>26</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.309/01.

conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Como bien afirma la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, "(...) tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiga del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción (...)". Respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales en sentencia N° 1.942/03, la mencionada Sala señaló "(...) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes: 1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición; 2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente. Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración. Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnícompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasaporte y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inexecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...)".

Como consecuencia de todo lo anterior, es necesario concluir que para la materialización del proceso de integración planteado en el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, es clara la necesidad de reafirmar el arbitraje –así como los demás medios alternativos de resolución de controversias– como el más adecuado instrumento para la solución de conflictos en las relaciones comerciales internacionales.

A tales fines, la creación de un Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Unasur deberá constituirse como un organismo intergubernamental autónomo, que asuma activamente las ventajas de una estructura amplia y flexible que establezca un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversionistas internacionales y estados receptores, así como de arbitraje internacional en general.

Las características de ese Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Unasur, serían los principios de autonomía, universalidad y voluntariedad, que permitan mejorar y redefinir con mayor claridad aquellos aspectos que en materia de medios alternativos de resolución de conflicto han sido objeto de críticas en el foro internacional.

---

### 3.

## Sentencia *líder* en arbitraje dictada por la Sala Constitucional

*(N° 1.541/2008 del 18 de octubre)*

---





LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

**SALA CONSTITUCIONAL**

**Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**

**Expediente N° 08-0763**

El 12 de junio de 2008, los abogados **HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, ÁLVARO SILVA CALDERÓN, BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, ÁLVARO LEDO NASS, MARIEL PÉREZ, MOREELIEC PEÑA, ARMANDO GIRAUD, GUSTAVO ÁLVAREZ ARIAS, ZULIA COROMOTO MALDONADO y DIXIES JOSEFINA VELÁZQUEZ**, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 1.927, 2.162, 31.948, 101.795, 117.434, 89.528, 34.706, 34.235, 57.051 y 98.950, respectivamente, interpusieron actuando en su carácter de representantes de la **REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**, conforme a los poderes otorgados por la ciudadana **PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, según consta en los instrumentos poder del 12 de junio de 2008, marcados como anexos A, B y C al escrito contentivo del recurso de interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a que *"(...) La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)".*

El 17 de junio de 2008, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuña, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

## 2

El 18 de julio de 2008, la Sala mediante sentencia N° 1.186 se declaró competente y admitió el recurso de interpretación interpuesto.

El 29 de julio de 2008, se libró el cartel de emplazamiento a los interesados, el cual fue retirado, publicado y consignado por los recurrentes, en el lapso legal correspondiente.

El 16 de septiembre de 2008, los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Thomas Castagnino, titulares de las cédulas de identidad Nros. 2.941.451, 11.312.501 y 82.225.556 e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 8.939, 71.763 y 127.822, respectivamente, consignaron escrito a los fines de "(...) coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)".

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

## 1

## DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

Los recurrentes expusieron en su escrito, lo siguiente:

Que el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "(...) señala como uno de los objetivos legales, la promoción de varias formas de solución alternativa de conflictos entre ellos el arbitraje (...). Asimismo (...), el arbitraje internacional está contemplado en forma expresa en nuestro sistema jurídico en la (...) Ley de Promoción y Protección de Inversiones (...), ya que establece en su artículo 22 correspondiente a la resolución de controversias lo siguiente: 'Las 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, o las controversias 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

## 3

de otros Estados (CIADI), serán 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' (...)"

Que el arbitraje regulado en las normas antes mencionadas "(...) se basa esencialmente en el consentimiento de las partes y este consentimiento debe ser de forma explícita, escrita e incontrovertible, sin prestarse a interpretaciones que planteen dudas o suposiciones sobre si tal manifestación de voluntad ha sido acordada o no. Esta situación del artículo 22 (...), podría ser objeto de interpretaciones reñidas con nuestro sistema constitucional y, en consecuencia, fuente de controversias arbitrales, cuando ante la ausencia de consentimiento expreso, escrito e inequívoco por Venezuela, pretenda suplirse dicha falta, con la atribución a dicho texto de un sentido y un alcance inconstitucional (...)".

Que existe una situación jurídica concreta y específica en los actuales momentos respecto "(...) a [que] la República ha sido el epicentro de un interés legítimo y actual en ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual es un hecho notorio comunicacional (...) por cuanto el llamamiento de Venezuela a órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por medidas nacionalistas que han sido dictadas por el Gobierno, tales como: las relativas a la afirmación de la plena soberanía petrolera, mediante la eliminación de los Convenios de Asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco y su conversión en empresas mixtas en la forma prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (...)".

Que una característica esencial del arbitraje, es la de constituir un medio para resolver conflictos, donde la voluntad, el consentimiento, el acuerdo entre las partes es el elemento fundamental, por lo que afirman que sin consentimiento no hay arbitraje, siendo que la autonomía de la voluntad está limitada por la materia en discusión y el interés público.



Que "(...) en virtud del carácter esencialísimo que tiene en el arbitraje la voluntad de las partes, la ley establece las modalidades específicas para que tal manifestación se revele (...). Los tribunales arbitrales no son tribunales plenos, ya que carecen de poderes de ejecución, porque les está negado el uso de la fuerza y su labor cognoscitiva y decisoria está limitada por razón de la materia y del interés público (...). Otra de las fuertes limitaciones (...), es la de que no pueden tomar el lugar de tribunales supra constitucionales, lo cual se deriva (...) de los condicionamientos que la soberanía de las naciones impone (...)".

Que "(...) la voluntad, elemento que se ha señalado es esencial al arbitraje, puede expresarse tanto para un caso concreto de un conflicto presente (...), como para conflictos eventuales (...) y en ambos casos se exige en forma específica que la voluntad sea clara y limpiamente manifestada. No puede haber voluntad tácita, ni presunta ni deducida. Es por lo anterior que la ley no admite en el arbitraje que la manifestación de voluntad, sea en forma oral, sino que ésta debe ser escrita y generalmente auténtica (...)", conforme al artículo 608 del Código de Procedimiento Civil.

Que el arbitraje sólo asume "(...) la fase cognoscitiva y declarativa del proceso y por el contrario, la fase ejecutiva está reservada al Estado y es indelegable, porque tiene que ver con el monopolio del uso de la fuerza para hacer cumplir las sentencias. Igualmente, deberían estar negadas las cautelares destinadas a operar contra un Estado soberano, ya que su objetivo es garantizar la ejecución forzosa de los laudos, pudiendo implicar el uso de la fuerza, como es el caso de la desposesión de los bienes por embargo o secuestro o la congelación o prohibición de enajenar bienes (...). Por eso también deben ser negadas a los árbitros, los procesos de injunción cuando se ejercen contra los Estados soberanos, ya que con los mismos, no se persigue un pronunciamiento de cognición o declaración, sino una actuación ejecutiva o mandataria inmediata, que es la competencia exclusiva del Estado (...)".

Asimismo, aducen que "(...) el hecho que en arbitraje la voluntad debe ser manifestada por escrito y en forma expresa, implica que no se puede forzar a una parte o a ambas a ir a un arbitraje por presunción o deducción de su voluntad y mucho menos cuando se trata de un estado soberano (...)".

Alegaron que "(...) es evidente que no contribuyen a propiciar el arbitraje previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quienes pretenden obtener la voluntad arbitral de deducción, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por lo tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades (...)".

Afirmaron que el contenido del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, "(...) no conforma una manifestación de voluntad de consentimiento del Estado para someter a arbitraje todas sus controversias con inversionistas extranjeros (...). La inflexión verbal imperativa 'serán', empleada en el artículo antes transcrito, no puede ser tomada en su sentido gramatical estricto. Si así se interpretara no quedaría ningún conflicto entre inversionistas extranjeros y el estado, que no debiera ir al arbitraje, negándose cualquier otra vía de solución, como la negociación, conciliación (...)", y las vías contenciosas contempladas en la legislación de Venezuela tal como señala a texto expreso el mencionado artículo, aunado a que la propia norma establece que el arbitraje procede de existir un tratado que lo establezca y se otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

Que "(...) de no existir un tratado internacional no habrá arbitraje, y que de haberlo, si éste no establece el arbitraje, tampoco lo habrá y si estuviere establecido, no podrá sin embargo prescindirse del consentimiento expreso e inequívoco de las partes (...)".

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas plantearon la necesidad de establecer con claridad: "(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognoscitiva y decisoria está sometida a limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en

*forma escrita, clara, expresa, indubitable, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la 'Ley de Inversiones' no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la 'Ley de Inversiones' no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...).*

## II

### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la interpretación solicitada, a cuyo efecto observa:

Como punto previo esta Sala advierte que el 16 de septiembre de 2008, los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Thomas Castagnino, ya identificados, consignaron escrito a los fines de "(...) coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)". A tales efectos, justificaron su legitimación para intervenir en la presente causa respecto de los ciudadanos Francisco Castillo García y José Gregorio Torrealba en que la misma "(...) emana de su condición de abogados de la República Bolivariana de Venezuela, interesados en la correcta interpretación de las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico y como miembros del Sistema de Justicia según lo dispone el artículo 253 de la Constitución (...) y en cumplimiento del deber establecido en el artículo 15 de la Ley de Abogados (...) y, en relación con el ciudadano Diego Thomas Castagnino en su "(...) nacionalidad brasilera, y que Venezuela ha ratificado un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Federativa de Brasil, que contiene una oferta de arbitraje en su artículo 8, cualquier interpretación que niegue la naturaleza de consentimiento expreso emanado del Estado Venezolano en los Tratados Bilaterales de Inversión, tal como el señalado acuerdo

*con Brasil, podría afectar directamente la posibilidad del ciudadano Castagnino de acudir al arbitraje internacional, en los términos del referido tratado (...).*

En cuanto al procedimiento a seguir para sustanciar el recurso de interpretación de la Constitución, desde su primera sentencia al respecto (N° 1077/2000), la Sala dejó abierta la posibilidad de que si lo creyere necesario, luego de la decisión positiva de admisibilidad, en aras a la participación de la sociedad, pudiese emplazar por edicto a cualquier interesado que quisiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalará un lapso de preclusión para que los interesados concurren y expongan por escrito, lo que creyeran conveniente.

En efecto, si bien es cierto que es una solicitud -interpretación- que requiere un interés legítimo, personal y directo para su interposición, sus efectos son generales y afectan de una manera indeterminada a todo un cúmulo de ciudadanos, razón por la cual, resulta admisible la posible intervención de terceros, por razones de economía, concentración y celeridad procesal, siempre y cuando la misma proceda conforme a los requisitos de admisibilidad establecidos al efecto para la parte recurrente -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1443/08-.

En tal sentido, la Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar la acción de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -Vid. Sentencias Nros. 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000 y 1.415/2000-.

Así, en cuanto a la legitimación requerida para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

*"(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el 'recurso' de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que*

*requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)*

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por los terceros, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3.125/2003, cuando señaló que *"(...) en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)".*

Así, la sola condición de abogados o ciudadano extranjero de los solicitantes, no legitima a dichos ciudadanos para la intervención en condición de terceros en el presente proceso -que como se advirtió anteriormente no es una acción popular-, más aun cuando pretende se le tutele en los criterios que a su juicio deben fundamentar el alcance y contenido de la presente decisión o en la simple condición de ciudadano extranjero sin que exista prueba alguna en el expediente que constituya al mencionado ciudadano con un interés actual que lo vincule al menos de forma indirecta pero cierta como **inversor**, con los supuestos de aplicación del referido *"(...) Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Federativa de Brasil (...)".*

De ello resulta pues, que sea necesario reiterar que la legitimación para interponer la acción de interpretación constitucional, viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional da lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.077/2000-. Así, resulta claro que al no verificarse ninguna condición que los vincule con el presente caso en los términos expuestos; esta Sala estima que los solicitantes no poseen el interés jurídico actual necesario para ejercer el presente recurso de interpretación, lo cual, a tenor del criterio asentado por esta Sala en la sentencia N°

1443/08, hace forzosamente inadmisibles su intervención en el presente recurso y, así se declara.

Respecto del fondo del asunto planteado se reitera que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se verifiquen las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicen de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1.347/2000, (caso: *"Ricardo Combella"*).

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

1) Imprecisión en cuanto al motivo de la solicitud. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del Texto Constitucional o cuando no se alegue una afectación actual o futura a la esfera jurídica del solicitante. Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: "Gisela Peña Troconis y otros") y sentencia N° 278/2002, (caso: "Beatriz Contaste").

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: "Homologación de Pensiones y Jubilaciones"); sentencia N° 346/2001, (caso: "Consejo Nacional Electoral"); sentencia N° 1857/2001, (caso: "Ángel Alberto Vellorín") y sentencia N° 2728/2001, (caso: "Néstor Luis Oquendo").

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atentar contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: "Hermann Escarrá"); sentencia N° 1316/2001, (caso: "Defensoría del Pueblo") y sentencia N° 1912/2001, (caso: "Enrique Ochoa Antich y otros").

Ahora bien, luego de un atento examen del presente expediente, la Sala estima que el alcance del único aparte del artículo 258 constitucional, relativo a que la legislación deberá promover el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, condiciona no sólo el contenido de la labor legislativa sobre la materia, sino que plantea al incluirlo dentro del sistema de justicia, un parámetro interpretativo del resto del ordenamiento jurídico vinculado al sometimiento de controversias a arbitraje y directamente relacionado con los principios de soberanía (administración de justicia), en aquellos casos en los cuales surge una controversia entre inversionistas internacionales y la República Bolivariana de Venezuela; de allí que esta Sala procede a su análisis en los siguientes términos:

En el caso de autos, la parte accionante solicita la interpretación en cuanto al alcance y contenido del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que "(...) es evidente que no contribuyen a propiciar el arbitraje previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quienes pretenden obtener la voluntad arbitral de deducción, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por lo tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades (...)". por lo que el contenido del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, "(...) no conforma una manifestación de voluntad de consentimiento del Estado para someter a arbitraje todas sus controversias con inversionistas extranjeros (...). La inflexión verbal imperativa 'serán', empleada en el artículo antes transcrito, no puede ser tomada en su sentido gramatical estricto. Si así se interpretara no quedaría ningún conflicto entre inversionistas extranjeros y el estado, que no debiera ir al arbitraje, negándose cualquier otra vía de solución, como la negociación, conciliación (...)". y las propias vías contenciosas contempladas en la legislación de Venezuela tal como dispone a texto expreso el mencionado artículo, aunado a que la propia norma señala que el arbitraje procede de existir un tratado que lo establezca y se otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

La presente interrogante surgió en virtud de que en los actuales momentos "(...) la República ha sido el epicentro de un interés legítimo y actual en ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual es un hecho notorio comunicacional (...) por cuanto el llamamiento de Venezuela a órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por medidas nacionalistas que han sido dictadas por el Gobierno, tales como: las relativas a la afirmación de la plena soberanía petrolera, mediante la eliminación de los Convenios de Asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco y su conversión en empresas mixtas en la forma prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (...)".

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas planteó la necesidad de establecer con claridad "(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos



que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognoscitiva y decisoria está sometida a limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en forma escrita, clara, expresa, indubitable, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la 'Ley de Inversiones' no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la 'Ley de Inversiones' no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...).

Esta Sala a los fines de resolver el recurso interpuesto, pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

# 1.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

"(...) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las

auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

(...)

Artículo 258. (...)

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)" (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que "(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-.

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, "(...) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y

*organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)*" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.139/00-.

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos.

A esa óptica de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse una precisión hermenéutica vinculante por parte de esta Sala, según la cual si bien doctrinalmente los mencionados medios alternativos son usualmente divididos en aquellos de naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje o las cortes o comités internacionales con competencia en determinadas materias -vgr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- y de las de naturaleza no jurisdiccional o diplomática como la negociación, mediación o conciliación, en las cuales las partes retienen el control de la controversia, pudiendo en todo caso aceptar o negar las proposiciones de acuerdo de las partes o de un tercero -Vid. MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3ª Ed., 1998-, desde el enfoque de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es posible jerarquizar un medio de resolución de conflictos sobre otro, siendo ellos en su totalidad manifestación del sistema de justicia.

Por ello, cuando la Sala afirmó que "(...) los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)" y que "(...) el imperativo constitucional de que la Ley promueva el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un

*derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)*" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, no puede interpretarse como una jerarquización por vía jurisprudencial a favor del arbitraje y en detrimento de los otros medios alternos de resolución de conflictos, sino que en el caso de proceder el arbitraje u otro medio, debe favorecerse la implementación del mismo para la resolución del conflicto.

Ahora bien, dado que el arbitraje es el fundamento para la procedencia del presente recurso de interpretación, esta Sala hará referencia a este medio alternativo de resolución de conflictos, que por lo demás es en la práctica nacional e internacional de particular importancia y utilidad como se señalará *infra*.

Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución), tales como el Código de Procedimiento Civil (1986) que prevé tanto la conciliación como el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo (1990), que regula el arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos colectivos; la Ley Sobre el Derecho de Autor (1993), se refiere al arbitraje institucional ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1994), que prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre particulares y empresas de seguros; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), que establecía el arbitraje como mecanismo voluntario para la resolución de controversias que se susciten entre consumidores, usuarios y proveedores de servicios y la Ley de Arbitraje Comercial (1998), que inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), traspuso en nuestro foro, los principios universales que apuntalan la operatividad del arbitraje en el ámbito comercial.

También bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la

aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del *desideratum* constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

En tal sentido, se pueden mencionar a manera de ejemplo los artículos 312 al 326 del Código Orgánico Tributario (G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), los cuales desarrollan el arbitraje en el contencioso tributario; los artículos 138 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (G.O. N° 37.504 del 13 de agosto de 2002), que regulan el arbitraje en materia laboral e incluyen una etapa obligatoria de conciliación en los procesos laborales; los artículos 164 y 206 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G.O. N° 5.771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005), que prevén una Audiencia oral conciliatoria en el contencioso administrativo agrario y en materia de conflictos entre particulares, lo cual viabiliza la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias de arbitraje en aquellos aspectos disponibles por las partes; el artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (G.O. N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), que estableció expresamente que *"En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes: (...) b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, 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"*; asimismo, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (G.O. N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999), al establecer una norma similar en su artículo 24, numeral 6, literal b), el cual fue desarrollado en el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (G.O. N° 5.471 Extraordinario del 5 de junio de 2000), el cual en su artículo 19 expresamente se refiere al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos y; en similar sentido se pueden mencionar -aunque algunas son preconstitucionales- el artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999); los artículos 63 y siguientes de la Ley de

Asociaciones Cooperativas (G.O. N° 37.285 del 18 de septiembre de 2001); los artículos 256 y 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (G.O. N° 5.561 Extraordinario del 28 de noviembre de 2001), y el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (G.O. N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999), que aun y cuando no alude expresamente a los medios alternativos, sí los admite desde el mismo momento en que ha establecido la resolución *jurisdiccional* y no administrativa de todos los conflictos en la materia arrendaticia.

En el contexto internacional, la República Bolivariana de Venezuela es parte de un número de acuerdos internacionales que promueven la resolución alternativa de controversias mediante el arbitraje. En este sentido, la República suscribió, aprobó y ratificó diversos Tratados, que la ubican entre los países promotores y afines con el arbitraje, convirtiéndola en lo que comúnmente se denomina *"foro amigable"*, dentro de los cuales cabe destacar: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de CIADI) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-; también forma parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá) -G.O. N° 33.170 del 22 de febrero de 1985-; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo) -G.O. N° 33.144 del 15 de enero de 1985- y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones -G.O. N° 4.634 Extraordinario, del 22 de septiembre de 1993-.

Igualmente, la República ha suscrito una importante cantidad de Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones, los cuales contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado (huésped o receptor) y un nacional de otro Estado, dentro de los cuales se deben mencionar:

PAÍS	SUSCRIPCIÓN	G.O. N°/FECHA	VIGENCIA
Alemania	14/05/1996	36.383/28-01-1998	16/10/1998

Argentina	16/11/1993	4.801 Ext./01-11-1994	01/07/1993
Barbados	15/07/1994	4.853 Ext./08-02-1995	31/10/1995
Bélgica y Luxemburgo	17/03/1998		
Brasil *	04/07/1995	36.268/13-08-1997	
Canadá	01/07/1996	5.207 Ext./20-01-1998	28/01/1998
Costa Rica *	17/03/1997	36.383/28-01-1998	02/05/2001
Chile	02/04/1993	4.830 Ext./29-12-1994	25/05/1995
Cuba	11/12/1996	37.913/5-04-2004	
Dinamarca	28/11/1994	5.080 Ext./23-07-1996	19/09/1996
Ecuador	18/11/1993	4.802 Ext./02-11-1994	01/02/1995
España	02/11/1995	36.281/01-09-1997	10/09/1997
Francia	02/07/2001	37.896/11-03-2004	15/04/2004
Irán	02/03/2006	38.389/02-03-2006	
Italia	05/06/1990 14/02/2001		
Gran Bretaña e Irlanda del Norte	15/03/1995	36.010/30-07-1996	01/05/1996
Lituania	24/04/1995	5.080 Ext./23-07-1996	01/05/1996
Países Bajos	22/10/1991	35.269/06-08-1993	01/11/1993
Perú	12/01/1996	36.266/11-08-1997	
Portugal	17/06/1994	4.846 Ext./26-01-1995	11/05/1995
Paraguay	05/09/1996	36.301/29-09-1997	14/12/1997
República Checa	27/04/1995	36.002/17-07-1996	23/07/1996
Suecia	25/11/1996	5.192 Ext./18-12-1997	05/01/1998
Suiza	18/11/1993	4.801 Ext./01-11-1994	30/11/1994
Uruguay *	20/05/1997	36.519/18-08-1998	18/01/2002

(\* En espera de ratificación por los gobiernos de dichos países, conforme a los datos contenidos en la las páginas web: <http://www.unctad.org/ICSID/Transcripts/Transcripts.aspx?ID=13113> y <http://www.unctad.org/ICSID/Transcripts/Transcripts.aspx?ID=13113>).

A la par del desarrollo y promoción legislativa patria, también esta Sala Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro con los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar los asertos y tópicos tratados en las siguientes decisiones, según las cuales:

Los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -vgr. Laudo arbitral- y, por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial. Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.

También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que "(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje* (...)" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisión a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Además, la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros -Vid. Sentencia N° 572/05-.



Igualmente, se ha reconocido la posibilidad que el Estado u otra entidad pública estatal de derecho público o privado, pueda someterse a un procedimiento arbitral nacional o internacional -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, lo que implica (como será desarrollado *infra*), una manifestación indudable de un ejercicio de soberanía.

Incluso, se ha reconocido la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (ex artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así "torpedear" al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompentanz-kompentenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.

Conjuntamente con las decisiones antes reseñadas, el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la importancia y necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional. En ese sentido, recientemente los Presidentes y Representantes de los Poderes Judiciales de Brasil,

Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela -así como Panamá en su condición de invitado-, reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre -Declaración de Nueva Esparta-, su consenso en relación a los: "(...) MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (...). PROPONEMOS a los Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, que se considere en el temario de sus reuniones: (...). b) la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (...)".

De ello resulta pues, que no sólo desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, sino que el Estado se ha insertado activamente en los procesos internacionales que han consentido la materialización de un sistema de justicia arbitral efectivo para resolver los conflictos que le son planteados y, precisamente, a tal proceso, no ha escapado el Poder Judicial venezolano y, más específicamente, esta Sala Constitucional.

## 2.- EL ALCANCE Y LÍMITES DEL SISTEMA DE JUSTICIA ARBITRAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

A los fines de abordar la institución del arbitraje en el ordenamiento jurídico vigente, se debe tener presente que el contenido de los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la alusión de la jurisprudencia de esta Sala al arbitraje como derecho que debe concatenarse con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, no son necesariamente el resultado de los planteamientos relativos a la inoperancia y arbitrariedad de la justicia del *ancien régime*, los cuales dieron lugar a

diversas previsiones Constitucionales vigentes a fines del siglo XVIII y principios del XIX en Europa, como fue el caso del artículo 280 de la Constitución Española (1812), la cual declaró que "(...) no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes (...)" o del artículo 5 de la Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791), al declarar en similar sentido que "(...) el derecho de los ciudadanos a terminar definitivamente sus conflictos por medio del arbitraje, no puede recibir ningún ataque por los actos del poder legislativo (...)" -Vid. CREMADES, J.A. *Cuatro Lueros de la Ley Francesa de Arbitraje Comercial Internacional*, en Anuario, Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, 1 de 2001-.

Tampoco es preciso asumir el enfoque que en el área iberoamericana, otros textos constitucionales le han otorgado al arbitraje como una institución que aborda o comprende asuntos meramente comerciales o de restricto interés particular como son los casos de Costa Rica, en la Constitución de 1949 (reformada), cuyo artículo 43 establecía que "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente"; Honduras, con la consagración del artículo 110 de la Constitución de 1982 (reformada), cuyo contenido rezaba que "Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento"; El Salvador, con la Constitución de 1983 (reformada), la cual en su artículo 23, asentó que "Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles"; Colombia, en el artículo 116 de la Constitución de 1991, que consagró que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley"; o la norma contenida en el artículo 202 de la Constitución de Panamá del 15 de noviembre de 2004, la cual dispone de forma similar a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la "(...) administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales decidirán por sí mismos acerca de su propia competencia" (Cfr. FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Compilación de las Constituciones Políticas*, FUNEDA, Caracas, 1999).

En ese mismo orden, parecen insuficientes a los fines de esclarecer el ámbito del sistema de justicia arbitral, los antecedentes constitucionales que consagraron el derecho al arbitraje. Así, el artículo 190 de la Constitución del 24 de septiembre de 1830, establecía que "(...) Los venezolanos tienen plena libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos (...), con tal que observen las formalidades legales (...)"; con posterioridad, las Constituciones del 18 de abril de 1857 (artículo 100) y del 31 de diciembre de 1858 (artículo 150), reproducen una norma similar, las cuales desaparecen a partir de la Constitución del 18 de abril de 1864, quedando sin consagración expresa desde el punto de vista constitucional, el derecho al arbitraje como medio de solución de pleitos entre particulares.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se señaló que "(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorporó al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)".

A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se planteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.

Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente.

Así, el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en "(...) la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)". -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se verifica en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

Ahora bien, para discernir el alcance y contenido del arbitraje es necesario acudir al texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual directamente impone limitaciones conceptuales al arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos que forma parte del sistema de justicia consagrado en el artículo 253 *eiusdem*.

Así, al disociar los elementos irreductibles que delimitan el significado y alcance del arbitraje como una "(...) institución por la cual un tercero resuelve una controversia o diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos (...)". -Vid. JARROSSON, CHARLES. *La Notion d'Arbitrage*, Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Générale, Paris, 1987, p.372-, se desprende que el arbitraje responde en primer lugar al principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, que permite el ejercicio por parte de un tercero de funciones de orden jurisdiccional y comporta que una vez instaurado el correspondiente proceso arbitral,

el mismo debe responder a las garantías y límites que establece el ordenamiento jurídico aplicable.

A igual conclusión debe arribarse, del contenido del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual señala que "(...) El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (...)"; lo cual evidencia que tanto a nivel legal como doctrinario, se reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje.

Respecto del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-.

Al respecto, la Sala ha señalado categóricamente que "(...) el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje (...)". -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-.

El principio de voluntariedad o autonomía de la voluntad, además de envolver elementos relativos a la formación y vicios del consentimiento, comporta igualmente un análisis en relación a las materias que pueden por voluntad de las partes ser objeto de un

proceso de arbitraje, vale decir, que controversias pueden ser válidamente resueltas mediante un laudo arbitral sea éste nacional o internacional (Arbitrabilidad).

El criterio para determinar cuando una disputa es arbitrable depende del ordenamiento jurídico que se trate, siendo que bajo algunas legislaciones sólo es posible someter una disputa a arbitraje cualquier ámbito jurídico en el cual las partes son libres de disponer de los derechos que serán objeto de la eventual demanda ante el tribunal arbitral, o bien se utiliza como criterio la capacidad de las partes de poder acordar someterse a la justicia arbitral más que el parámetro referido a la posibilidad de disponer libremente de los derechos en conflicto. Sin embargo, los medios para someter determinada controversia a arbitraje puede ser el resultado de los dos criterios antes mencionados, de disposiciones expresas que prohíban el sometimiento de particulares materias a la justicia arbitral o a otras formas o criterios -Vid. BERNARDINI, PIERO. *The Problem of Arbitrability in General*, en la obra editada por EMMANUEL GILLARD y DOMENICO DI PIETRO. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 517-522-.

Así, en el marco del derecho comparado, la legislación alemana y austriaca combinan los criterios relativos a la libre disposición de los derechos con los del carácter patrimonial de la disputa -Cfr. BERNARDINI, PIERO. Ob. Cit.-; por su parte, en Suiza se adoptó el contenido patrimonial de las controversias como criterio, así cualquier controversia que envuelva intereses económicos o pecuniarios para las partes puede ser objeto de arbitraje, lo cual comporta que aunque existan límites en la capacidad de disponer ciertos derechos, el conflicto es arbitrable si tales derechos sobre los cuales se basa la demanda, tienen un valor pecuniario -Vid. Decisión de la Corte Suprema Federal de Suiza (Schweizerischen Bundesgerichtes) del 23 de junio de 1992, caso: "Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara S.p.A. vs. M. and Tribunal Arbitral" y BABON, PATRICK, M. y LINGER, STEFAN. *A Second Look at Arbitrability*, en la Revista *Arbitration International*, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Vol. 19, N° 1, Londres, 2003, p. 27-54- y; en Francia la jurisprudencia ha desarrollado una noción de autonomía de las cláusulas arbitrales -ya que se postula la validez de la cláusula arbitral independientemente de la validez del contrato que la contiene-, lo cual va más allá de la posición generalmente adoptada por el resto de los ordenamientos jurídicos nacionales, al

considerar que las cláusulas de arbitraje al fundamentarse en la voluntad de las partes son autónomas respecto de cualquier legislación nacional, estando sujetas únicamente a las normas imperativas de la legislación francesa y al orden público internacional -Cfr. BERNARDINI, PIERO. Ob. Cit.-.

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto



atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato-, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes.

De ello resulta pues, que las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a hacer cesar, iniciar o modificar una práctica o actividad del presunto infractor de la normativa especial y no orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga -en cada caso- de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de

cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por "remaraje" de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva).

Así, visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional. Así se declara.

#### A.- DEL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL

Desde una perspectiva constitucional, resulta paradigmático el contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala que en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no 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.

Sobre el alcance del mencionado artículo respecto de la posibilidad de someter a arbitraje a los denominados contratos de interés público, esta Sala comparte el criterio que asentó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de agosto de 1999, en relación con el artículo 127 de la Constitución de 1961, conforme a la cual "(...) resulta evidente (...), que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos

*se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la constitución de 1947. Sistema que por lo demás impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno u otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate (...)*".

Aunado a ello, la Sala advierte que la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.

No obstante, si bien es innegable que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales, plantea asumir el tema de la resolución de conflictos resultantes de esa vinculación, fundamentalmente en el ámbito económico y sobre todo en el área de los negocios internacionales; no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.

Por el contrario, es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines -vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo-; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos; que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.

De ello resulta pues, que la referencia constitucional en la expresión "(...) si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos (...)" (artículo 151), no debe entenderse como relativa a una distinción formal o doctrinaria entre contratos de derecho público o privado, sino se vincula a la posibilidad efectiva de desarrollar una determinada actividad económica o negocio, que versan o inciden en materias de interés público, entendido éste como "(...) el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos" (Cfr. HÉCTOR J. ESCOLA, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250). Por lo cual, en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa -Vid. KAI HOBEL, *Arbitration Involving States*. En la obra de LAWRENCE W. NEWMAN y RICHARD D.

HILL (Editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Second Edition, Juris Publishing, Inc., Suiza, 2004.

Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.

Así, se deberá atender tanto a las disposiciones normativas -vgr. Convenios Internacionales, legislación interna, o cláusulas contractuales- en las cuales se fundamentaría el sometimiento de las controversias a un sistema de justicia como el arbitral, como en la actividad desarrollada por la correspondiente entidad, ya que si bien bajo el principio "*par in parem non habet imperium*", se ha afirmado que un Estado soberano no puede ser juzgado sin un consentimiento por escrito, así como la imposibilidad del Estado a someter a la jurisdicción de tribunales de otros Estados en materia relativas al ejercicio de la soberanía, podría presentarse circunstancias en las cuales el Estado directa o indirectamente -empresas estatales- actúe o desarrolle actividades de evidente carácter comercial que en forma alguna puedan subsumirse bajo la excepción de soberanía en los términos antes expuestos.

En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el **principio de soberanía**, en tanto 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; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.

De forma análoga a las consideraciones antes expuestas, en el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones comerciales internacionales las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional -Vid. Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: "*Tesoro Público francés v. Galaktis*" del 2 de mayo de 1966 y FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, Paris, 1996.

En Estados Unidos en tres decisiones -*leading cases*- de la Corte Suprema, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo al carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil y se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales -Vid. Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en los casos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972; *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 1974, (*Securities Exchange Act*) y *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, 1985-.

Conforme a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el alcance del criterio establecido por esta Sala al señalar que "(...) de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental (...)". -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, en la medida que la República en ejercicio de su soberanía puede determinar de forma particular los términos y condiciones con base a los cuales se someterán a la jurisdicción arbitral internacional, toda vez que bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* un Estado debe ser lo suficientemente soberano para honrar su promesa de someterse a arbitraje internacional (Vid. DRISADIE CHAMLONGRASSOL, *Foreign State Immunity and Arbitration*. Cameron May, Londres, 2007).

Finalmente, la Sala debe asentar expresamente que los anteriores asertos en forma alguna se constituyen en un cambio de arterio de esta jurisdicción constitucional en la materia, sino por el contrario ratifica y amplía las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1.942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual:

*"(...) Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:*

*1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;*

*2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.*

*Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.*

*Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnícompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasaporte y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inexecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.*

*El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores de los Convenios o Tratados.*

*Plantado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...)"*

De ello resulta pues, que si bien es posible que el Estado se someta válidamente a la jurisdicción internacional en caso que la decisión del correspondiente órgano contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión.

Toda vez que de conformidad con la sentencia de esta Sala N° 1.309/01 *"(...) no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo I eiusdem (...)"*

Con fundamento en tales consideraciones y en ejecución de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, se garantiza la supremacía constitucional, la soberanía, la autodeterminación nacional y la tradición de la cultura como fuente de interpretación *"(...) y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la interpretación globalizante y*



*hegemonía del racionalismo individualista' (...)*" -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.265/08-.

#### R.- DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

Como se señaló anteriormente la Sala no desconoce que las inversiones extranjeras directas pueden influir decididamente en el desarrollo económico de la República, en la medida en que promuevan efectivamente la transferencia de capitales, tecnologías, servicios, así como el acceso de la producción nacional a los mercados foráneos. En esa relación del Estado con el capital extranjero se genera una vinculación de sistemas de Derecho Internacional Privado y Público, en el cual el régimen del arbitraje internacional y las inversiones extranjeras es fundamental.

Mediante los denominados arbitrajes internacionales no solamente se resuelven por disputas originadas en operaciones internacionales como aquellas relacionadas con el comercio exterior, la compraventa internacional de mercaderías, o a cuestiones vinculadas con la obtención de licencias, transferencias de tecnología, construcción, seguros, franquicias, transportes, prestación de servicios, bancos, financiamientos; sino incluso a materias relacionadas con inversiones extranjeras.

No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al -ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

La relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores se encuentra regulada fundamentalmente por un conjunto de tratados de inversión bilaterales o multilaterales, con arreglo a los cuales las entidades foráneas que realicen inversiones en el territorio de otro Estado se aseguran protección, especialmente en materias tales como el trato igual y no discriminatorio, aplicación material de las cláusulas de la nación más

favorecida, el trato justo y equitativo, justa compensación en caso de expropiación, libre transferencia de rentas y la recurribilidad ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otras.

Los tratados firmados bilateralmente entre Estados, sobre la promoción y protección de las inversiones en uno y otro de los Estados firmantes, han sido denominados en múltiples formas pero comúnmente son conocidos por sus siglas en inglés como "*BITs* o *Bilateral Investment Treaties*" o en español "*APPRIs* o *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*", o aquel Tratado Internacional entre dos Estados, por el cual cada uno de ellos se compromete a proteger y promover, en la misma forma en que se haga en el territorio del otro Estado contratante, si bien con sujeción a las disposiciones propias de derecho interno de cada una de ellas, las inversiones realizadas por particulares de cada uno de ellos.

Así, los acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones son tratados que bajo los principios de la protección diplomática, trasladan estos mismos a la posición de los inversores, otorgándoles el derecho de perseguir directamente a los Estados receptores de la inversión en los términos previstos en el propio acuerdo bilateral de protección y promoción recíproca de inversiones, creando derechos directos a favor de los inversores -Vid. SIQUEBROS, JOSÉ LUIS, *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment*, En: *California Western International Law Journal*, Vol. 24, 1994-; configurando lo que la doctrina ha denominado "Arbitraje sin consentimiento contractual" -Vid. PAULSSON, JAN, "Arbitration Without Privity", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, 232, 1995.

Los denominados acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones extranjeras, se constituyen entonces en instrumentos jurídicos internacionales que no sólo facilitan las relaciones comerciales y de inversión entre los Estados y sus inversionistas, sino establecen mecanismos que les permiten a los inversores ante una violación de sus derechos, recurrir a un método de resolución de conflictos como el arbitraje internacional.

Así, en el marco de la autonomía de la voluntad y del principio de soberanía de los Estados es común que se prevea la facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional. Siendo una opción de cada Estado determinar las materias incluidas o excluidas del correspondiente tratado y los medios o modalidades para la tutela de los derechos de los inversores, lo cual posibilita que se permita al inversor acudir directamente al arbitraje internacional -modalidad conocida como "fork in the road"-, o en cambio establecer la obligación de someter en primer lugar la controversia a los tribunales nacionales y sólo considerar abierta la vía del arbitraje internacional, ante la omisión de pronunciamiento u otras circunstancias.

Los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones extranjeras, no solamente prevén normas relativas al compromiso asumido por los Estados respecto de las inversiones a realizar por sus particulares en el territorio del otro, cuya extensión puede incluir todas las materias que puedan llegar a decidir dichos Estados como sujetos de derecho internacional; sino que posibilitan que sea el propio particular y no su Estado de nacionalidad, quien tenga el derecho a solicitar ante particulares organismos y por determinados medios, la protección frente al incumplimiento de los compromisos asumidos en los mencionados acuerdos bilaterales por parte del Estado receptor de las inversiones.

Con relación a los tratados multilaterales de promoción y protección de inversiones, similares consideraciones deben plantearse, siendo perfectamente viable que en el contexto de los mismos puedan someterse las correspondientes controversias a tribunales arbitrales.

Así, en el ámbito internacional puede referirse el caso del Mercado Común del Sur o MERCOSUR y, en particular, el artículo 8 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyo contenido es el siguiente: "(...) Artículo 8. Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo (...)".

También debe reseñarse, el caso de la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.), ya que en el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, se asignó a este órgano del sistema andino de integración nuevas competencias, entre las cuales se encuentra la función arbitral. Así, el artículo 38 del referido Protocolo establece que:

"(...) Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro (...)".

Igualmente, el supuesto regulado en el Tratado de Libre Comercio Colombia, México y Venezuela (Grupo de los Tres), suscrito el 13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias y, denunciado por la República el 22 de mayo de 2006, regula el sometimiento al sistema de justicia arbitral, en los siguientes términos:

"(...) Artículo 17-18: Comunicación y Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje. El inversionista contendiente que pretenda someter una reclamación a arbitraje en los términos de esta sección lo comunicará a la Parte contendiente. Siempre que hayan transcurrido noventa días desde la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior y seis meses desde que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- a) las Reglas del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio de CIADI'), cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- b) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de CIADI; o
- c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ('Reglas de Arbitraje de CNUDMI'), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976, cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de CIADI, o este no se encuentre disponible.

*Las reglas propias de cada uno de los procedimientos arbitrales mencionados en el párrafo anterior serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección.*

*Cada Parte consiente en someter las reclamaciones a arbitraje de conformidad con lo previsto en esta sección (...).*

En el ámbito europeo puede mencionarse el caso del denominado "Energy Charter Treaty (ECT)", según el cual cada parte contratante da su incondicional consentimiento para someter las disputas que surjan con ocasión de ese tratado, a mecanismos internacionales de arbitraje o conciliación y en el caso del primer medio alternativo, hasta cuatro modos, a saber (i) arbitraje CIADI -si se ha suscrito su Convención-, (ii) el mecanismo complementario del CIADI -si no se ha suscrito su Convención-, (iii) arbitraje *ad hoc* normado por el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y (iv) un arbitraje por la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Tales normas como se expone en el siguiente aparte, constituyen medios de manifestación del consentimiento de los Estados, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso bajo los principios de derecho internacional, particularmente bajo la vigencia del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI, Washington, 1965), si se trata, obviamente, de una disputa remitida a dicho Centro.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al ser el arbitraje el sistema de resolución de controversias por excelencia en el plano internacional, cuando nos referimos a un arbitraje de inversión en el que se debate sobre el incumplimiento de un tratado (*treaty claim*), debe distinguirse de aquellos arbitrajes en los cuales se están debatiendo otro tipo de cuestiones que aun ubicadas en el marco internacional, el alcance de las materias que pueden ser objeto del mismo no se refiere al incumplimiento del derecho internacional y, en particular, a las garantías del correspondiente tratado de inversión, sino a cuestiones de orden comercial ordinaria a los cuales se les suele denominar "arbitraje comercial internacional".

Al respecto, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece que "(...) 3) Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de

la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley (...)" -Vid. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-.

Tal distinción es relevante en tanto el debate que surge sobre el incumplimiento de un tratado, modifica el alcance y los límites sobre los cuales puede versar la disputa arbitral, ya que los Estados en ejercicio de su soberanía pueden a su elección -a la carta- determinar todos los ámbitos o materias que pueden incluirse o excluirse en determinado tratado, así como la escogencia de los medios para la resolución de conflictos -vgr. Arbitrajes, Tribunales Especiales, entre otros- y límites para el ejercicio de los mismos, siendo en cualquier caso necesario una manifestación expresa, inequívoca y particular al respecto.

Con lo cual, esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar 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. Así se declara.

#### C.- DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL SISTEMA ARBITRAL INTERNACIONAL.

Como bien señala la doctrina, en el arbitraje los problemas concernientes a la jurisdicción y competencia están básicamente limitados a la determinación y alcance del consentimiento para someter controversias al sistema de justicia arbitral, siendo que la existencia de una cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje dependerá en cada caso, de la concurrencia de la intención de las partes de someterse a esta jurisdicción y la prueba de su existencia.

En materia de arbitraje, resulta un dogma en el ordenamiento jurídico venezolano que la voluntad que manifieste el Estado de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito, ya que el mismo debe ser expreso y perfectamente definible sobre qué materias o asuntos puede versar, lo cual presupone como se enunció anteriormente, que esa formalización del consentimiento que se realiza en forma escrita, sea libre e inequívoco.

La razón que justifica la satisfacción del carácter escrito, es desde un punto de vista probatorio, que el mismo provee la evidencia de la manifestación externa y concurrente del consentimiento de las partes, así como la extensión de las materias y los requerimientos «de haberlos» para acceder a la sede arbitral.

Ahora bien, para la doctrina es posible que la manifestación de voluntad del Estado se produzca bajo tres vías; a saber (i) con la suscripción por parte de la administración (nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) de un contrato en el cual se incluya una cláusula de arbitraje; (ii) mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y; (iii) mediante el establecimiento por una ley nacional. En ese sentido se ha interpretado el contenido del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) «Vid. CREMADES, BERNARDO. *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration*, Law of

International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001», el cual es del tenor siguiente:

*"(...) (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*

*(...)*

*(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.*

*(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior (...)" (Resaltado de esta Sala).*

En el mencionado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, fue establecido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual para conocer de una determinada controversia conforme al artículo 25 parcialmente transcrito, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que la disputa surja directamente de una inversión; (ii) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del Convenio, y (iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Asimismo, es pertinente destacar que en el arbitraje internacional administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), se autoriza al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) a conocer procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias



Relativas a Inversiones (CIADI), circunscribiéndose los mismos a los (i) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; comprobación de hechos (ii); y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, siempre y cuando la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye también un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos, los cuales son el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

En cualquier caso, cuando las partes disponen someterse al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, resulta relevante tener en consideración que éste sólo resultará aplicable si así lo han acordado por escrito y de forma expresa las partes, conforme al contenido en el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que: "(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)" (Resaltado de esta Sala), por lo que la suscripción del referido convenio no es considerado como una oferta abierta o unilateral de voluntad de los Estados de someterse al arbitraje regulado por ella.

Así, en el caso que el Estado sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la manifestación de voluntad puede derivarse como se señaló anteriormente, de una cláusula contractual y acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones o de una ley nacional.

De igual forma, en el supuesto de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) de acuerdo a su

Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), es posible que la manifestación de voluntad provenga de cláusulas contractuales, un acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones -vgr. En el plano internacional y en ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN conocido también por TLC o NAFTA (por sus siglas en inglés North American Free Trade Agreement o ALÉNA, del francés: "Accord de libre-échange nord-américain") conforme al artículo 1120- o de una ley nacional.

Ahora bien, respecto al **primer supuesto** para que se considere que existe una manifestación de voluntad, en el ordenamiento jurídico vigente es posible que la administración acuerde en un contrato someter sus diferencias a arbitraje, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia -Vid. Artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 3.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999)-.

Así, debe atenderse al contenido y alcance de cada cláusula para determinar la voluntad de las partes, tal como se refleja en el contexto de tratados internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual establece lo siguiente:

"(...) Artículo 2

1.- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2.- La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3.- El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (...)" -Vid. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)-.

Se advierte entonces que en el plano internacional, se reconoce igualmente que el consentimiento de los Estados debe ser expreso (por escrito) y que el mismo debe ser inequívoco y particular, ya que no puede referirse en términos generales a cualquier relación jurídica -sino a una determinada-, la cual una vez delimitada, puede establecerse en términos amplios o restringidos, siendo necesario que la misma sea expresa e incuestionable.

De igual forma, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad corresponderá a las partes determinar las materias sometidas a arbitraje, el derecho aplicable entre otros elementos, de conformidad con la normativa que rige la materia.

El origen contractual del sometimiento a la justicia arbitral, hacen plenamente aplicables principios como el de la relatividad de los contratos -*res inter alios acta, alia neque nocere neque prodesse potest*-, según el cual sólo los contratantes están ligados por el contrato, por lo que únicamente respecto de ellos el contrato tiene fuerza obligatoria y perjudican y aprovechan sus efectos -Vid. GARCÍA-MUÑOZ, JOSE ALPINO, *Derecho Económico de los Contratos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001-.

Asimismo, se debe tomar en consideración que en el plano internacional las operaciones vinculadas a la inversión comportan en algunos casos un grupo de acuerdos sucesivos, por lo cual se ha tomado una visión de un conjunto de expresiones del consentimiento, por lo que las cláusulas de arbitraje no son consideradas como aplicables a los límites derivados del documento particular que contenía la cláusula arbitral, sino son enmarcadas dentro del contexto de la relación contractual total de las partes y por ello aplicables a la operación entera -Cfr. La decisión de CIADI en el caso "Holiday Inns v. Morocco", del 12 Mayo de 1974 y a LALIVE, P., *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems*, 51 British Year Book of International Law, 1980, p. 123, 156-159-.

El **segundo supuesto**, se verifica mediante la suscripción y ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de tratados internacionales, tales como los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y protección de inversiones, que contemplan

mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado y un nacional de otro Estado y, a cuyo texto particular debe recurrirse en cada caso.

Así, es posible que se produzcan contrataciones que sean tuteladas con posterioridad por tratados o acuerdos bilaterales de inversión o que tales contrataciones se produzcan como resultado de las condiciones favorables establecidas en los respectivos acuerdos o tratados, posibilitándose en muchos casos las reclamaciones de particulares -inversionistas- frente al Estado.

Tales circunstancias respecto de las condiciones favorables para el inversor, planteadas en el contexto de las negociaciones internacionales ha generado como práctica habitual, la posibilidad que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses -*Forum Shopping*-, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones, lo cual si bien puede verificarse acorde al ordenamiento jurídico como una actividad procesal perfectamente lícita y legítima, en algunos casos puede constituirse un verdadero fraude, en la medida que el mismo se utilice para vulnerar el principio de buena fe de las partes para lograr un beneficio o ventaja no tutelado por la legislación efectivamente aplicable, y en detrimento de los derechos e intereses de la otra parte; como es el caso de aquellas conductas asumidas *ex post* al negocio jurídico, con ocasión al surgimiento de la disputa o controversia, entre otros elementos o índices indicativos reveladores del fraude. Con lo cual en cada caso debe aplicarse el *test* o *parámetro de racionalidad*, cuyo contenido se materializa en que el potencial demandado no termine sujeto a un foro al cual no tenía una expectativa razonable de sometimiento -Vid. RICHARD H. KREINDLER, *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers - ICC Institute of World Business Law*, Bernardo M. Cremades & Julian D.M. Lew, París, 2005 y WEINBERG DE ROCA, INÉS, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002-.

Respecto al **tercer supuesto** de manifestación de voluntad del Estado que se emitió anteriormente (consentimiento vía ley nacional), la Sala advierte que el análisis del mismo no se agota o limita únicamente a las consecuencias formales de considerar que las

controversias internacionales que se presenten entre la República e inversionistas extranjeros, deban someterse a la jurisdicción arbitral internacional y, particularmente a la del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), esto es, en otras palabras, que sus consecuencias jurídico prácticas se circunscriban a temas de jurisdicción sino que, además, inciden directamente en el ámbito sustantivo de las controversias en cuanto al derecho aplicable y a los principios de las relaciones internacionales como se expone *infra*.

No desconoce esta Sala que en la doctrina y jurisprudencia internacional, las leyes pueden ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: *Tradex Hellas SA vs. Albania*) -Vid. Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_262\\_\(1996\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_(1996).pdf), en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada "Ley de Albania de 1993" contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); o con anterioridad en la controvertida decisión N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada "Ley de Inversiones de Egipto" no requería de las partes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.

Por ello, el análisis de la manifestación de voluntad del Estado si bien debe abordarse conforme al derecho interno en la medida que es con base a tal ordenamiento jurídico que se genera el acto estatal, también es pertinente considerar los principios y criterios internacionales en la materia para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional. Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala advierte que si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario,

ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional -Cfr. CIADI, caso: *CSOB vs. Slovakia* del 24 de mayo de 1999-.

Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

"(...) El principio *Compétence-Compétence* y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de *Compétence*. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de *Compétence* tendría que arbitrase dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría

tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues *ex nihilo nil fit*.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de *compétence* que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. *Compétence* hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin *compétence* dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por *compétence*.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...). -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO, *El Principio Competence-Competence Revisado*, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiera del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción.

Sobre la base de los anteriores parámetros, se advierte que desde el punto de vista de derecho interno la Sala ha señalado que "(...) la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución. Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de

derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo. (...) parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *et* *ad* (...)". -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/03-.

Así, el en el presente caso es procedente acudir al principio general de interpretación de la ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, cuyo contenido afirma que "(...) a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)"; lo cual resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal. Así, "(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría (1994, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4ª Edición), Madrid: Editorial Civitas, Pág. 29) denomina como 'fuentes significativas' del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico (...)". - Vid. Sentencia de esta Sala N° 760/07-.

En ese contexto, la República puede determinar según razones de oportunidad y conveniencia las condiciones y alcances de sus relaciones internacionales, así como los medios alternativos de resolución de conflictos, toda vez que del texto del artículo 258 de la



Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son todos ellos (arbitraje, conciliación, negociación) parte del sistema de justicia, sin que exista prevalencia de un medio sobre otro.

Ciertamente, si bien la República y el gobierno conforme a la Constitución y leyes vigentes se encuentran limitados en la extensión de sus facultades frente a otros sujetos de derecho internacional por principios fundamentales del ordenamiento jurídico -tales como las limitaciones contenidas en el artículo 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "(...) El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional (...) "-, también es que la soberanía y la autodeterminación nacional permiten y obligan a los órganos del Poder Público a establecer las condiciones más favorables para el logro de los intereses y fines del Estado consagrados en la Constitución, conforme al artículo 152 el cual establece lo siguiente:

*"(...) Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales (...) "*

Ahora bien, dado que conforme al ordenamiento jurídico nacional **el consentimiento del Estado** en el arbitraje legal y jurisprudencialmente es inequívoco y expreso en los términos antes señalados, presupone asimismo que el consentimiento deba ser informado -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía.

Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular. Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una

actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de resolución de conflictos, sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso.

Así, se debe postular que si bien es posible que mediante una ley la República pueda emitir su voluntad de someterse al arbitraje internacional -supuesto que no se verifica en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones como se expone *infra*- la interpretación de las correspondientes normas en el derecho interno debe realizarse en cada caso, tomando en consideración los criterios contenidos en la presente decisión.

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente SCHREUER al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, **no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística**, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas -como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual-, o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley -como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje- y previsiones que debido a su falta de claridad deben interpretarse -tal como se consideró en el mencionado caso del CIADI N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1995 (caso: "Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt")- (Vid. SCHREUER, CHRISTOPH. *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer ed. 2008), consultado el 17 de julio de 2008 en la página web [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)).

En ese orden, se puede reseñar el tratamiento que en el derecho comparado se ha efectuado en torno a la manifestación del consentimiento de los Estados en materia de arbitraje, sobre la base de la cual esta Sala advierte lo siguiente:

PAISES	LEGISLACIÓN	CONTENIDO Y CONDICIONES
Albania	1993 Ley N° 7764. Artículo 8.	Esta legislación fue objeto de análisis en el citado caso del CIADI <i>"Tradex vs. Albania"</i> del 24 de diciembre de 1996, constituyéndose la referida norma como una inequívoca oferta unilateral de sometimiento a arbitraje respecto a los casos vinculados con expropiaciones.
Costa de Marfil	1995 Ley N° 95/260 Artículo 24	En el presente ordenamiento jurídico, no sólo somete al Estado a las previsiones del CIADI y del mecanismo complementario, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 24, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.
El Salvador	1999 Ley de Inversiones Artículo 15	En su artículo 15 <i>etiam</i> , se establece que "(...) En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI); Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del CIADI (...)", lo cual denota no sólo la inexistencia de una oferta unilateral, sino la necesidad de un acuerdo previo o una manifestación de voluntad por escrito de las partes, para poder someterse a la jurisdicción

		arbitral,
Egipto	1997 Ley N° 8 Artículo 7	En el artículo 7 de la correspondiente ley de inversiones, se establece expresamente que las disputas surgidas con ocasión de la aplicación de la ley, entre Estados y de éstos con inversionistas deben resolverse de conformidad con lo acordado por las partes, ello a los fines de evitar las interpretaciones desfavorables que respecto de leyes derogadas, habían formulado órganos de arbitraje internacional -Vid. CIADI, decisiones del 14 de abril de 1988, caso: <i>"Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt"</i> y del 24 de junio de 1993, caso: <i>"Manufactures Hanover Trust Co. vs. Arab Republic of Egypt"</i> .
Etiopía	1999 N° 37/1996 Artículos 21 y 22	Se establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Kazajistán	2003 Ley sobre Inversiones Artículo 9(2)	Como resultado de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se abandonó el sistema abierto o liberal y se estableció la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
México	2006 Ley de Inversión Extranjera	Esta legislación no contiene ni permite un consentimiento unilateral del Estado para someter disputas a arbitraje internacional. No obstante, cabe destacar que bajo la ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN y conforme al artículo 1120 <i>etiam</i> , México se ha sometido a varios procedimientos en CIADI.
Namibia	1993 Acta N° 24 Artículo 13	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional y prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.
Perú	1991 Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera Artículos 16 y 17	De conformidad con los artículos 16 y 17, "(...) Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú. Artículo 17.- Los derechos en el presente Título no afectan ni limitan en forma alguna el derecho de los inversionistas extranjeros a acceder a los beneficios que se les otorgue o hayan otorgado mediante otros dispositivos legales (...)"
República de África Central	1988 Ley N° 88.004 Artículo 30	El ordenamiento jurídico de esta nación africana no sólo somete la conciliación y el arbitraje a las previsiones del CIADI, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del

		contenido del artículo 30, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.
República de Botswana	1970 "Settlement of Investment Disputes Act" (*) Sección 11	La legislación de inversiones extranjeras contiene una cláusula amplia y unilateral del Estado para someterse a la jurisdicción del CIADI, siempre y cuando el inversionista dentro del año de su inversión inicial, otorgue su consentimiento por escrito ante el correspondiente órgano sectorial. (*) -Vid. AMAZU A. ASOZU. <i>Internacional Commercial Arbitration and African Status: Practice, Participation and Institutional Development</i> . Cambridge University Press, 2001-.
Tanzania	1997 Acta de Inversiones Artículo 9 (1) y (2)	Este ordenamiento jurídico establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Túnez	1993 Ley N° 93/120 Artículo 67	Como consecuencia de un proceso de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se acentuó la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Uganda	2006 Código de Inversiones Aparte V, Sección 29(3)	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado no sólo no da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional, sino prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.

Del anterior cuadro, puede colegirse que la tendencia internacional es establecer disposiciones claras en torno a la voluntad de los Estados de someterse de forma unilateral a la jurisdicción arbitral y, en aquellos casos en los cuales la legislación resultaba favorable desde la perspectiva de los tribunales arbitrales para someter controversias a su jurisdicción en contra de la voluntad de los Estados, tales disposiciones legislativas han sido derogadas por sistemas rígidos que niegan tal posibilidad.

Tales circunstancias resultan fundamentales, si se admite como principio la necesidad que la voluntad del Estado sea expresa e inequívoca de someter sus controversias a arbitraje, ya que no puede pretender afirmarse esa intención o alcance a una manifestación de voluntad comprendida en una ley cuyo contenido se ha restringido por modificaciones de orden legal y por la actividad internacional desarrollada por ese Estado -vgr. Suscripción

de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones o de contratos con soluciones diversas a las supuestamente planteadas en la ley.

Ahora bien, en el contexto jurisprudencial internacional la interpretación del consentimiento ha sido objeto de múltiples decisiones, fundamentalmente con ocasión de la ejecución del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). Así, cabe destacar que la simple afirmación de la interpretación restrictiva o estricta de tales normas, fundamentada en que el consentimiento es otorgado por un Estado soberano, no ha sido acogida en organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI).

Sobre ese punto, se ha afirmado en materia contractual que la interpretación de una cláusula arbitral o la manifestación de voluntad de un Estado al respecto, no debe formularse en términos restrictivos sino sobre la base del principio "*pacta sunt servanda*", como principio de derecho común en todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, de forma tal que lo relevante es determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje -Vid. CIADI, caso: "*Amco Asia Corporation vs. República de Indonesia*" del 25 de septiembre de 1983-.

En un caso posterior, se señaló que si bien el consentimiento para someterse a la jurisdicción del arbitraje no puede presumirse que se constituya en una derogación del derecho a acceder a los tribunales nacionales, la interpretación del mismo no debe registrarse bajo un criterio hermenéutico estricto o amplio, sino bajo el principio de buena fe -Vid. CIADI, caso: "*SOABI vs. Senegal*" del 25 de febrero de 1988-.

En la decisión del 14 de abril de 1988 (caso: "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*"), resulta relevante el criterio expuesto por el Tribunal Arbitral, según el cual si bien la manifestación de voluntad contenida en una ley no debe interpretarse ni en forma amplia ni estricta, sino objetivamente bajo el principio de buena fe y sólo se encontrará fundamentada correctamente, si los argumentos y elementos de las normas bajo análisis a favor de la existencia de la manifestación de voluntad son preponderantes.

Recientemente se ha afirmado en materia de tratados internacionales que la interpretación en lo que respecta a la manifestación del consentimiento, debe aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados, como los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena -Vid. CIADI, Caso: "Mondévi Int. Ltd vs. Estados Unidos" del 11 de octubre de 2002, así en similar sentido las decisiones "Tradex vs. Albania" del 24 de diciembre de 1996 y "SGS vs. Filipinas" del 29 de enero de 2004-.

También, se ha señalado en esta materia y con ocasión de la interpretación de las denominadas "cláusulas paraguas", que correcta aproximación a la determinación de la existencia y alcance de la manifestación de la voluntad debe subsumirse bajo el principio "indubio mitius" -Vid. CIADI, "SGS vs. Pakistan" del 16 de agosto de 2003-.

El principio "indubio mitius" ampliamente reconocido en el derecho internacional como medio complementario de interpretación, "(...) se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes (...). En el asunto Comunidades Europeas-Hormonas, el órgano de apelación aplicó este principio de la siguiente manera: (...) No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF (...)" (Destacado de esta Sala) -CONDON, BRADLY J. El derecho de la Organización Mundial de Comercio. Tratados, Jurisprudencia y Práctica. Cameron May, p. 56-57-.

Bajo ese marco jurisprudencial, considera la Sala que debe interpretarse el artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (G.O. N° 5.390 Extraordinario del

22 de octubre de 1999), a la luz del texto constitucional venezolano, el cual establece lo siguiente:

"(...) Artículo 22. Las 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, o las controversias 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), serán 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 (...)" (Destacado de la Sala).

Así, pueden extraerse tres supuestos claramente expuestos, a saber:

- Las 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, en cuyo caso debe atenderse al correspondiente acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones;
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); lo cual comporta que es sobre la base de ese convenio que debe determinarse si existe una manifestación de voluntad por parte del Estado para someter determinadas controversias a mecanismos de arbitraje, circunstancia que como se señaló anteriormente, puede derivar de una cláusula contractual, un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones o una ley en donde se establezca dicho consentimiento de forma inequívoca y expresa (que no es el caso de la vigente Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones in comento).
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), cuyo contenido sí establece expresamente que "(...) Artículo 57.- Diferencias entre el organismo y sus miembros. a) Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 56 y de la Sección b) de este Artículo, cualquier



diferencia entre el Organismo y un miembro o una dependencia del mismo y cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miembro del Organismo, se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio. b) Las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. En este último caso, el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo, el cual, en cada caso, será aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el organismo emprenda operaciones en los territorios del miembro de que se trate (...). Artículo 56.- Diferencias en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro. Toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre las partes del mismo se someterá a arbitraje para laudo final de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro (...). -Vid. Artículos 57 y 58-, por lo que en los términos antes señalados la República en el particular marco regulatorio de ese convenio se sometió expresamente a la jurisdicción arbitral y en los términos que el mismo establece (No así para el caso del CIADI).

De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), si se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto -Vid. Artículos 57 y 58 del Convenio y 1, 2 y 4 del Anexo II-; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató *supra*, en donde se ha

señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral).

A igual conclusión debe arribarse de la lectura integral del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, ya que la norma al señalar que "*Las controversias que surjan entre un inversionista internacional*", cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela "(i) un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, (ii) o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) (iii) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece (...)", frase cuyo contenido denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma, que la voluntad del legislador se refiere expresa e inequívocamente al contenido interno o propio de los respectivos acuerdos o tratados. Por ello, dado que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados no contiene en sí, manifestación alguna de voluntad para el sometimiento al sistema arbitral es que debe desestimarse cualquier argumentación en ese sentido, salvo que se contrarie la propia doctrina jurisprudencial antes referida y el contenido del artículo 25 y el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que "*(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)*".

Una interpretación en contrario, sería afirmar que la sola mención en una ley nacional al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o su Reglamento del Mecanismo Complementario, implica la manifestación de voluntad del Estado y por lo tanto la admisión de la voluntad presunta en materia de arbitraje, lo cual es inaceptable bajo cualquier ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, ya 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; habrá de buscarse si existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna disposición legislativa que someta a arbitraje determinadas materias o relaciones contractuales, sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley sobre 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 emancipativa, que regula los términos en base a los cuales el Estado puede someter las controversias relativas al objeto de la mencionada ley al sistema de arbitraje internacional.

Desde el punto de vista internacional, asumir que el Estado Venezolano mediante la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras, derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya que bajo las cláusulas de la nación más favorecida, conforme a la cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, los inversores no sólo excluirían la vía diplomática u otros medios para la resolución de conflictos -vgr. Acciones ante el Poder Judicial, conciliación o incluso arbitrajes ante otras instituciones como la Cámara Internacional de Comercio-, sino que se vaciaría de contenido el principio de buena fe del Estado al suscribir convenios bilaterales o multilaterales de inversión con soluciones distintas o diversas a las contempladas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario.

Ciertamente, si bien bajo la vigencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario, se tramitan y desarrollan una gran cantidad de arbitrajes internacionales, también debe reconocerse la existencia de otras instituciones que los Estados soberanamente pueden elegir a tales efectos, como la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, sin que pueda afirmarse apriorísticamente, la preponderancia o preferencia de uno sobre otro, por lo que la voluntad de los Estados al

respecto es fundamental y necesaria para determinar en cada caso bajo qué régimen o institución se deberá someter a la jurisdicción arbitral.

Una interpretación del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, que concluya que el mismo realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mitius*.

La anterior conclusión resulta consona con el desarrollo de la actividad internacional de la República, en la cual se han suscrito acuerdos sobre promoción y protección de inversiones, como las contenidas en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -G.O. N° 37.913 del 5 de abril de 2004-, según el cual la resolución de controversias derivadas de la ejecución del mismo, debe resolverse conforme su artículo 9, a la elección del inversor a los "(...) tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o al arbitraje (...). 2.- El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje (...). 3.- El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje *ad-hoc*, establecido conforme las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (...)"; asimismo, prevé expresamente el Acuerdo bajo examen en su Protocolo, que "(...) en caso de que en el futuro ambas Partes lleguen a ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3, se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones C.I.A.D.I., y sólo en el caso en que, por cualquier circunstancia, CIADI no esté

disponible, se someterá al arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (...).

Asimismo, debe referirse que la República Bolivariana de Venezuela al suscribir el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán -G.O. N° 38.389 del 2 de marzo de 2006-, optó por una solución distinta al establecer en su artículo 11, lo siguiente "(...) en caso que la Parte Contratante Receptora y el/los inversionistas no logran acordar, en un período de seis meses a partir de la fecha de notificación del reclamo efectuado por una de las Partes a la otra, el inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a: a.- Un Tribunal arbitral ad hoc a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o b.- Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París; o c.- Centro Internacional para la solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención [condición que no se verifica en la actualidad en el caso de Irán] (...)" (Corchetes de esta Sala).

Incluso, como se adelantó previamente, las consecuencias jurídico prácticas de una potencial oferta unilateral de arbitraje (vía ley nacional), por el sólo hecho de haberse suscrito el Convenio CIADI, no se agotan en los prolegómenos de acceso a la jurisdicción CIADI, esto es, a problemas de "jurisdicción"; sino que despiertan también diversos interrogantes de cara a su coherencia y armonía con las denominadas cláusulas de la nación más favorecida, conforme al cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, lo que potencialmente pudiera generar desequilibrios entre las relaciones de un país con otros (y a sus nacionales, obviamente), así como el cuestionamiento mismo de la utilidad práctica de la redacción "a la carta" de cada uno de los Acuerdos o Tratados de Protección de Inversiones (en donde cada Estado pondera qué tipo de inversiones quiere proteger y en qué forma), llegando incluso a cuestionarse si ello no podría llegar al extremo de derogar en la práctica a tales Tratados.

Así, afirmar que existe en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones una oferta unilateral no sólo resulta absurdo desde una perspectiva internacional, sino contraría igualmente el contenido de la legislación interna, en particular de los artículos 5, 7, 8 y 9 de

la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, los cuales establecen expresamente lo siguiente:

"(...) Artículo 5°.- Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto Ley.

Parágrafo Primero: No obstante lo previsto en los artículos 8° y 9° del presente Decreto-Ley, 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, disfrutarán sólo de la protección concedida por este Decreto-Ley, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.

Parágrafo Segundo: En la negociación de tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones, el Estado procurará asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien esos tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países, en Venezuela.

(...)

Artículo 7°.- Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: Mediante ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.

Artículo 8°.- No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Artículo 9° Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7° y 8° de este Decreto Ley (...).

Así, a manera de ejemplo, supongamos que un Estado (como ocurrió con Albania y su Ley de 1993, *ut supra*), realiza una oferta unilateral de arbitraje a todos los inversionistas



cuyo país de origen si haya suscrito el Convenio CIADI, se observa, que pudieran ocurrir circunstancias como estas: (i) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI) puede demandar al país oferente (como Albania), pero sus nacionales -de este último- no podrían hacer lo mismo, porque en el país X no existe una ley similar, dado que la sola suscripción del Convenio CIADI no otorga esa facultad automática; con lo cual, se le estaría dando una posición privilegiada al país X (una suerte de "inmunidad") que no se le ofrece a otros países con los cuales si se hayan suscrito específicos Tratados Bilaterales de Inversión, y a los cuales si se les podría demandar directamente (hayan suscrito el convenio CIADI o no); (ii) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI), y con quien el Estado oferente (vía ley) no tiene ningún tipo de relaciones comerciales estables (prueba de ello es que no existen convenios o tratados), puede demandar directamente a ese último Estado, sin parámetros (por cualquier materia, en cualquier momento, sin cargas previas, sin el deber de agotar instancias diplomáticas, sin importar qué tipo de "nacional" se trate, entre otras especificaciones) y, en cambio, el nacional inversionista de un país Y (con cuyo país de origen si se ha suscrito un Tratado de Protección de Inversiones, pero no ha suscrito el Convenio CIADI), debe someterse y observar el contenido de dicho Tratado en aras de poder demandar. Todo lo cual, en principio, generaría una mejor posición de los nacionales del país con quien no se tienen Tratados, en lugar de los que sí.

Con ello, resulta claro que interpretar que el artículo 22 *etiusdem* contiene una oferta unilateral a favor de la arbitralidad para la resolución de controversias, desconocería que el Estado debe procurar asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países en Venezuela -en los supuestos señalados *ut supra*-, más aun cuando la ley prevé que las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tienen vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan sólo de la protección concedida por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más

favorecida, lo cual no sería necesario si se asume una interpretación a favor de una oferta unilateral.

Aunado a las anteriores consideraciones, cabe señalar que no es posible tampoco derivar una oferta unilateral por parte del Estado del contexto del artículo 21 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, el cual establece que "(...) *Cualquier controversia que surja entre el estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias (...)*". Ciertamente, de una simple lectura del artículo parcialmente transcrito es evidente que el mismo no se refiere a controversias surgidas entre particulares (inversionistas) sino entre Estados, siendo obligación del Estado propiciar la resolución del conflicto mediante el sistema arbitral que ambos Estados soberanamente determinen -vgr. Arbitraje *ad hoc*-.

Finalmente, se reitera que la sola suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, por parte de uno, varios o todos los Estados relacionados en materia de inversiones internacionales por acuerdos de protección y promoción de inversiones bilaterales o multilaterales, no vinculan *ipso iure* la resolución de las respectivas controversias a los procedimientos contenidos en dicha convención, siendo cardinal en todo caso, la existencia de la tantas veces aludida manifestación escrita e inequívoca de voluntad.

Realizadas las anteriores consideraciones, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos expuestos y ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta las disposiciones legales antes referidas a los postulados constitucionales. Así se decide.



### III DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara:

**1.- INADMISIBLE** la intervención de los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Thomas Castagnino, ya identificados, como terceros a los fines de "(...) coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)".

**2.- RESUELTO EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DEL ÚNICO APARTE DEL ARTÍCULO 258 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**, en los términos contenidos en este fallo.

**3.-** En atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala **ORDENA** la publicación íntegra del presente 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".*

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los días del mes de de dos mil ocho (2008). Años: 198<sup>o</sup> de la Independencia y 149<sup>o</sup> de la Federación.

*La Presidenta de la Sala,*  
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO  
Ponente

*El Vicepresidente,*  
FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

*Los Magistrados,*

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO  
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ  
MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN  
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN  
ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

*El Secretario,*

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° AA50-T-2008-0763

LEML/

---

4.

Puntos jurídicos de coincidencia  
entre el Laudo preliminar  
de jurisdicción

(Ciadi, ARB/07/27 Mobil *versus* Venezuela)  
y la Sentencia de la Sala  
Constitucional 1.541/2008

*(Traducción libre del Laudo Ciadi,  
no existe versión oficial en castellano)*

---

Son varios los puntos de coincidencia entre los fallos en análisis; no obstante, a continuación aludiremos aquellos puntos que directamente fueron empleados para resolver el "consentimiento" del Estado para someter la disputa a un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi:

**A.** El Consentimiento para someter las disputas al Ciadi debe partir del cumplimiento de los requisitos del artículo 25 del Convenio Ciadi (Convenio Washington), y la sola suscripción de ese Convenio por el Estado receptor ("*host*") no implica una sumisión a su Centro, dado que es necesario un consentimiento posterior por escrito en forma inequívoca e indubitada a través de: (i) Tratado específico de Protección de Inversiones ("*APRI*" o "*BIT*"); (ii) estipulación contractual o; (iii) manifestación a través de acto unilateral (e.g. mediante ley nacional o interna).

SENTENCIA 1.541/2008:

*"Tales normas como se expondrá en el siguiente aparte, constituyen medios de manifestación del consentimiento de los Estados, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso bajo los principios de derecho internacional, particularmente bajo la vigencia del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio Ciadi, Washington, 1965), si se trata, obviamente, de una disputa remitida a dicho Centro.*

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al ser el arbitraje el sistema de resolución de controversias por excelencia en el plano internacional, cuando nos referimos a un arbitraje de inversión en el que se debate sobre el incumplimiento de un tratado (*treaty claims*), debe distinguirse de aquellos arbitrajes en los cuales se están debatiendo otro tipo de cuestiones que aun ubicadas en el marco internacional, el alcance de las materias que pueden ser objeto del mismo no se refiere al incumplimiento del derecho internacional y, en particular, a las garantías del correspondiente tratado de inversión, sino a cuestiones de orden comercial ordinaria a los cuales se les suele denominar "arbitraje comercial internacional".

Al respecto, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece que:

"(...) 3) Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley (...)" –Vid. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–.

Tal distinción es relevante en tanto el debate que surge sobre el incumplimiento de un tratado, modifica el alcance y los límites sobre los cuales puede versar la disputa arbitral, ya que los Estados en ejercicio de su

soberanía pueden a su elección –a la carta– determinar todos los ámbitos o materias que pueden incluirse o excluirse en determinado tratado, así como la escogencia de los medios para la resolución de conflictos –vgr. Arbitrajes, Tribunales Especiales, entre otros– y límites para el ejercicio de los mismos, siendo en cualquier caso necesario una manifestación expresa, inequívoca y particular al respecto.

Con lo cual, esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar 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. Así se declara".

#### C.– DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL SISTEMA ARBITRAL INTERNACIONAL

Como bien señala la doctrina, en el arbitraje los problemas concernientes a la jurisdicción y competencia están básicamente limitados a la determinación y alcance del consentimiento para someter controversias al sistema de justicia arbitral, siendo que la existencia de una cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje dependerá en cada caso, de la concurrencia de la intención de las partes de someterse a esta jurisdicción y la prueba de su existencia.

En materia de arbitraje, resulta un dogma en el ordenamiento jurídico venezolano que la voluntad que manifieste el Estado de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito, ya que el mismo debe ser expreso y perfectamente delimitable sobre qué materias o asuntos puede versar, lo cual presupone como se enunció anteriormente, que esa formalización del consentimiento que se realiza en forma escrita, sea libre e inequívoco.

La razón que justifica la satisfacción del carácter escrito, es desde un punto de vista probatorio, que el mismo provee la evidencia de la manifestación externa y concurrente del consentimiento de las partes, así como la extensión de las materias y los requerimientos –de haberlos– para acceder a la sede arbitral.

Ahora bien, para la doctrina es posible que la manifestación de voluntad del Estado se produzca bajo tres vías, a saber (i) con la suscripción por parte de la administración (nacional, estatal o municipal, centralizada



o descentralizada) de un contrato en el cual se incluya una cláusula de arbitraje; (ii) mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y; (iii) mediante el establecimiento por una ley nacional. En ese sentido se ha interpretado el contenido del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi) –Vid. CREMADES, BERNARDO, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration*, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001, el cual es del tenor siguiente:

"(...) (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(...)

(3) El consentimiento de una subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior (...)" (Resaltado de esta Sala).

En el mencionado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, fue establecido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), el cual para conocer de una determinada controversia conforme al artículo 25 parcialmente transcrito, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que la disputa surja directamente de una inversión; (ii) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del Convenio, y (iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal

### del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi).

Asimismo, es pertinente destacar que en el arbitraje internacional administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio Ciadi) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), se autoriza al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) a conocer procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi), circunscribiéndose los mismos a los (i) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; comprobación de hechos (ii); y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, siempre y cuando la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye también un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos, los cuales son el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

En cualquier caso, cuando las partes disponen someterse al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, resulta relevante tener en consideración que éste sólo resultará aplicable si así lo han acordado por escrito y de forma expresa las partes, conforme al contenido en el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que "(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)" (Resaltado de esta Sala), por lo que la suscripción del referido convenio no es considerado como una oferta abierta o unilateral de voluntad de los Estados de someterse al arbitraje regulado por ella.

Así, en el caso que el Estado sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros

Estados, la manifestación de voluntad puede derivarse como se señaló anteriormente, de una cláusula contractual y acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones o de una ley nacional.

(Negrillas y subrayado nuestros).

#### LAUDO CIADI (MOBIL VERSUS VENEZUELA)

##### "III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

62. El Artículo 25.1 de la Convención del Ciadi establece que "La jurisdicción del Centro se extenderá a cualquier disputa legal que se produzca directamente de una inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, siempre que las partes de la disputa hayan consentido por escrito su sometimiento al Centro".

63. De acuerdo a lo previsto en el artículo 25, el consentimiento de ambas partes en disputa es por lo tanto una condición indispensable para otorgar jurisdicción. El sólo hecho que el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversionista sean partes de la Convención no es suficiente.

64. El consentimiento puede darse a través de un acuerdo directo entre el Estado receptor y el inversor. De acuerdo a la doctrina de los paneles Ciadi, el consentimiento puede resultar de una oferta unilateral hecha por el Estado receptor, expresada en su legislación interna o en un Tratado, la cual es subsiguientemente aceptada por el inversionista.

65. En el presente caso, el Demandante argumenta que Venezuela consintió la jurisdicción del Centro a través de:

- a. El artículo 22 del Decreto Venezolano con rango y fuerza de ley N° 356 de Promoción y Protección de Inversiones del 3 de octubre de 1999 ("Ley de Inversiones").
- b. El Convenio de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de Holanda y la República de Venezuela, suscrito el 22 de Octubre de 1991 ("APRI" o "El Tratado").

66. El demandado (Venezuela) objetó a ambos argumentos empleados para justificar la jurisdicción del Centro.

(Negrillas y subrayado nuestros).

**B.** Del estándar aplicable para interpretar al artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela: La Sentencia 1.541/2008 usó tanto al Derecho Interno o doméstico (que le vincula como Tribunal nacional que es) como al Derecho Internacional (al tratarse de una sumisión estatal a un tribunal internacional) para fundamentar su posición. El Laudo Ciadi admite que no es pacífica la elección entre uno y otro, pero se asiste de los mismos precedentes empleados por la primera, para coincidir en la interpretación de la norma.

#### SENTENCIA 1.541/2008:

*"Respecto al tercer supuesto de manifestación de voluntad del Estado que se enunció anteriormente (consentimiento vía ley nacional), la Sala advierte que el análisis del mismo no se agota o limita únicamente a las consecuencias formales de considerar que las controversias internacionales que se presenten entre la República e inversionistas extranjeros, deban someterse a la jurisdicción arbitral internacional y, particularmente a la del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi), esto es, en otras palabras, que sus consecuencias jurídico prácticas se circunscriban a temas de jurisdicción sino que, además, inciden directamente en el ámbito sustantivo de las controversias en cuanto al derecho aplicable y a los principios de las relaciones internacionales como se expone infra.*

*No desconoce esta Sala que en la doctrina y jurisprudencia internacional, las leyes pueden ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: "Tradex Hellas SA vs. Albania") -Vid. Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_262\\_1996.pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_1996.pdf), en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada "Ley de Albania de 1993" contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi); o con anterioridad en la controvertida decisión N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: "Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt"), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada "Ley de Inversiones de Egipto" no requería de las par-*

tes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.

*Por ello, el análisis de la manifestación de voluntad del Estado si bien debe abordarse conforme al derecho interno en la medida que es con base a tal ordenamiento jurídico que se genera el acto estatal, también es pertinente considerar los principios y criterios internacionales en la materia para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional.* Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala advierte que si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario, ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

*Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional –Cfr. Cladi, caso: “CSOB vs. Slovakia” del 24 de mayo de 1999–.*

*Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje*

(...)

De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiera del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción,

(...)

*Ahora bien, en el contexto jurisprudencial internacional la interpretación del consentimiento ha sido objeto de múltiples decisiones, fundamentalmente con ocasión de la ejecución del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi). Así, cabe destacar que la simple afirmación de la interpretación restrictiva o estricta de tales normas, fundamentada en que el consentimiento es otorgado por un Estado soberano, no ha sido acogida en organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi).*

*Sobre ese punto, se ha afirmado en materia contractual que la interpretación de una cláusula arbitral o la manifestación de voluntad de un Estado al respecto, no debe formularse en términos restrictivos sino sobre la base del principio “pacta sunt servanda”, como principio de derecho común en todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, de forma tal que lo relevante es determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje –Vid. Cladi, caso: “Amco Asia Corporation vs. República de Indonesia” del 25 de septiembre de 1983.*

*En un caso posterior, se señaló que si bien el consentimiento para someterse a la jurisdicción del arbitraje no puede presumirse que se constituya en una derogación del derecho a acceder a los tribunales nacionales, la interpretación del mismo no debe regirse bajo un criterio hermenéutico estricto o amplio, sino bajo el principio de buena fe –Vid. Cladi, caso: “SOABI vs. Senegal” del 25 de febrero de 1988.*

*En la decisión del 14 de abril de 1988 (caso: “Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt”), resulta relevante el criterio expuesto por el Tribunal Arbitral, según el cual si bien la manifestación de voluntad contenida en una ley no debe interpretarse ni en forma amplia ni estricta, sino objetivamente bajo el principio de buena fe y sólo se encontrará fundamentada correctamente, si los argumentos y elementos de las normas bajo análisis a favor de la existencia de la manifestación de voluntad son preponderantes.*

*Recientemente se ha afirmado en materia de tratados internacionales que la interpretación en lo que respecta a la manifestación del consentimiento, debe aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados, como los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena –Vid. Cladi, Caso: “Mondev Intl. Ltd vs. Estados Unidos” del 11 de octubre de 2002, así en similar sentido las decisiones “Tradex vs. Albania” del 24 de diciembre de 1996 y “SGS vs. Filipinas” del 29 de enero de 2004.*



También, se ha señalado en esta materia y con ocasión de la interpretación de las denominadas "cláusulas paraguas", que correcta aproximación a la determinación de la existencia y alcance de la manifestación de la voluntad debe subsumirse bajo el principio "indubio mitius" –Vid. *Ciadi*, "SGS vs. Pakistan" del 16 de agosto de 2003.

El principio "indubio mitius" ampliamente reconocido en el derecho internacional como medio complementario de interpretación, "(...) se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes (...). En el asunto Comunidades Europeas-Hormonas, el órgano de apelación aplicó este principio de la siguiente manera: (...) No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilizase un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF (...)". (Destacado de esta Sala) –CONDON, BRADLY J. El derecho de la Organización Mundial de Comercio Tratados, Jurisprudencia y Práctica. Cameron May, p. 56-57.

Bajo ese marco jurisprudencial, considera la Sala que debe interpretarse el artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones".

(G.O. N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999).

(Negrillas y Subrayado nuestros).

#### LAUDO CIADI (MOBIL VERSUS VENEZUELA)

"69. Las partes discrepan sobre la interpretación que se le debe otorgar al artículo 22. El demandante argumenta que Venezuela ha consentido la jurisdicción del Ciadi de acuerdo a ese artículo. Venezuela argumenta que ese texto legal no establece ese consentimiento.

70. En orden a clarificar el significado de ese artículo 22, el Tribunal primero determinará el estándar de interpretación que debe usarse y luego aplicar ese estándar al mencionado artículo 22.

(...)

74. El Tribunal en primer lugar acota que de acuerdo al artículo 41.1 de la Convención Ciadi, es "juez de su propia competencia". Ello es así independientemente de los fundamentos de la competencia, incluyendo una oferta unilateral hecha por la legislación de un Estado huésped (receptor) y subsecuentemente aceptada por un inversionista. Esto ha sido reconocido por los Paneles Ciadi en numerosos casos. (Nota 44: Véase por ej. *Southern Pacific Properties (Middle East) LTD. v. Arab Republic of Egypt*, caso Ciadi N° ARB/84/3., segunda decisión sobre jurisdicción (14 de abril de 1988).

76. Otro problema es si el artículo 22 debe interpretarse de acuerdo a las normas de interpretación de Venezuela o de acuerdo a las reglas de interpretación del Derecho Internacional. Los paneles (de árbitros) del Ciadi no han sido pacíficos y coherentes en este particular.

77. En varios casos, los paneles Ciadi han tenido que aplicar legislaciones internas lo suficientemente claras, de tal forma que ni las partes, ni el panel sintieron la necesidad de tomar posición expresa sobre cuáles normas de interpretación debían usarse.

- i. En *Tradex versus Albania* el panel arbitral notó que la Ley de Inversiones de Albania establecía en forma indiscutible que "La República de Albania expresamente presta su consentimiento para someterse a la jurisdicción del Ciadi", y Albania solo objetó la jurisdicción del panel basado en razones de aplicación temporal (*ratione temporis*). En su decisión, se desechó la objeción de falta de jurisdicción a través de un análisis del texto aplicable, sin hacer referencia alguna a ningún principio general de interpretación.
- ii. En *Inceysa versus El Salvador*, cuatro leyes Salvadoreñas fueron invocadas por el demandante. En tres casos, el panel observó que era "obvio" que esas leyes no conferían jurisdicción al Ciadi. Allí se especificó dos veces que las leyes invocadas no cumplían con los requisitos del artículo 25 de la Convención del Ciadi. En contraste, allí se señaló en cinco líneas que la cuarta ley "claramente indicaba que el Estado Salvadoreño... había hecho una oferta unilateral a los inversionistas extranjeros", la cual, sin embargo, no cubría la inversión en análisis.
- iii. En *Rumeli Telecom versus Kazakhstan*, el panel arbitral decidió que no tenía jurisdicción de conformidad con lo previsto en el Tratado de Protección de Inversiones entre Turkeya y Kazakhstan. Se agregó en



dos líneas que además tenía jurisdicción de acuerdo la ley de inversiones extranjeras de Kazakhstan. Sin embargo, debido a que esa Ley había sido derogada, existía la discusión respecto a la jurisdicción *ratione temporis*. En ese particular, el panel arbitral desechó la objeción presentada por el Estado (demandado) basado tanto en las disposiciones transitorias de la Ley de Kazakstan y en el hecho que "ha sido bien establecido en el Derecho Internacional que un Estado no puede desconocer los derechos adquiridos por un inversionista extranjero, mediante la derogatoria de una ley interna que había otorgado esos derechos".

- iv. En *Biwater Gauff versus Tanzania*, el panel arbitral, luego de haber citado las disposiciones relevantes de la ley de inversiones de Tanzania, observó que, con vista a tales disposiciones, su jurisdicción confrontaba una "inmediata" e "inmensurables dificultad".

(...)

82. Luego de una revisión de la doctrina de los paneles Ciadi, se debe resumir que:

- i. Al menos en cuatro casos, la cuestión no ha sido claramente abordada y resuelta.
- ii. En *SPP versus Egypt*, el tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación legal", tomando en cuenta a ambos, tanto "reglas relevantes de Tratados relativos a interpretación y principios de Derecho Internacional aplicables a declaraciones unilaterales".
- iii. En *CSOB versus República de Eslovaquia*, el panel arbitral optó por Derecho Internacional sin ninguna reserva.
- iv. En *Zhinvali versus Georgia*, el panel arbitral optó por la ley interna "sin contradecir al Derecho Internacional".

83. Las dudas de los paneles Ciadi sobre este punto se deben al hecho que, en esos casos Ciadi, el consentimiento del Estado no estaba contenido en un Tratado para ser interpretado de acuerdo a la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados del 23 de mayo de 1969, sino por un acto unilateral de un Estado soberano, generalmente en la forma de una legislación nacional.

84. La determinación del estándar de interpretación aplicable es particularmente difícil cuando la oferta está contenida en una legislación

interna o en otro acto unilateral de un Estado, donde no tiene aplicabilidad una Convención o Tratado relativo a la Interpretación.

(...)

85. Este panel arbitral comparte ese análisis (el de la Corte Internacional de Justicia de que "los instrumentos internacionales deben ser interpretados de acuerdo al Derecho Internacional"), la cual está en sintonía con las decisiones Ciadi tomadas en los casos *CSOB versus República de Eslovaquia* y más recientemente en el caso *Zhinvali versus Georgia*. La legislación y más generalmente los actos unilaterales por los cuales el estado ofrece su consentimiento a la jurisdicción del Ciadi deben considerarse como una oferta planteada a los inversionistas extranjeros de acuerdo a la Convención del Ciadi. Esos actos unilaterales deben ser interpretados de acuerdo a la Convención Ciadi en sí misma y a las reglas del Derecho Internacional que regulan las declaraciones unilaterales de los Estados.

(...)

95. Sobre la base de esas reglas del Derecho Internacional que regulan la interpretación de los actos unilaterales formulados dentro del ámbito y fundamentos de un Tratado ("texto de la norma" e "intención del Estado") es que este panel arbitral procederá a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela.

96. El panel arbitral debe agregar que el hecho que el Derecho Interno y el Derecho Internacional de Tratados no controlan o regulan el caso, no significa que ellos deben completamente ignorarse: (i) Como se estableció en los párrafos precedentes, cuando un tribunal interpreta actos unilaterales, ellos deben haber tomando en consideración la intención del Estado al momento de haber formulado a tales actos. En este particular la ley interna puede cumplir un rol altamente útil.

Acotación relevante en este punto es que el Laudo Ciadi desarrolla desde el punto 97. al 111, una interpretación del propio texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones Venezolana (*infra*) y luego del punto 120 al 141. Desarrolla la "Intención de Venezuela" como Estado, asistiéndose, exclusivamente –y como es lógico– de fuentes venezolanas (i.e. el proceso de formación y redacción de la ley; la Constitución de Venezuela; la Ley de Arbitraje de Venezuela y de funcionarios y representantes de Venezuela que participaron en su redacción) (Negrillas y Subrayado nuestros).

**C** La Decisión 1.541/2008 de la Sala Constitucional advirtió de antemano que no vincula al Panel Ciadi, dado que conforme al principio *Kompetence-Kompetence* ese panel es libre para decidir sobre su propia competencia; pero es una autoridad válida en el orden interno para determinar la interpretación del artículo 22 de la LPPJ, para el supuesto que se hubiese empleado el "estándar de interpretación del Derecho Interno" como ocurrió en casos (Vid. caso *Ciadi Zhinvali versus Georgia, award (24 de enero de 2003)*, y porque el LAUDO coincide con la primera en la interpretación del "texto" del propio artículo 22 y en la determinación de la "intención de Venezuela" (herramientas usadas por el LAUDO en sintonía con la sentencia 1.541, incluso citando a los mismos autores y precedentes empleados por la sentencia):

SENTENCIA 1.541/2008:

"Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

"(...) El principio *Compétence-Compétence* y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de *Compétence*. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro cae dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar; de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea

que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de *Compétence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues *ex nihilo nil fit*.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de *competence* que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. *Competence* hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin *competence* dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por *competence*.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...) —Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. "El Principio *Competence-Competence* Revisado", en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

**De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del**

Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiga del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción.

(...)

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente **Shreuer** al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas –como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual–, o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley –como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje– y previsiones que debido a su falta de claridad deben interpretarse –tal como se consideró en el mencionado caso del Ciadi N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: “*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. versus Arab Republic of Egypt*”)– (Vid. **SCHREUER, CHRISTOPH**, *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer ed. 2008), consultado el 17 de julio de 2008 en la página web [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)).

#### LAUDO CIADI (MOBIL VERSUS VENEZUELA)

71. En su Memorial (escrito de argumentos), Venezuela argumentó que “de acuerdo al Derecho Venezolano, el Artículo 22 no establece el requisito de un consentimiento claro e indubitado para someter en arbitraje la disputa”. En esa perspectiva, la representación de Venezuela se refirió a los aplicables “Principios legales de Venezuela” y a una decisión dictada por la Sala Constitucional de la Suprema (sic) Corte de Justicia de Venezuela del 17 de octubre de 2008, que interpretó al artículo 22.

72. En su réplica, Venezuela agregó que “no había dicho que el problema del consentimiento en este procedimiento estaba exclusivamente gobernado por el Derecho Venezolano, y que no había dicho que la reciente decisión del Tribunal Supremo de Justicia era suficiente para concluir este caso”. Ella sólo dijo (la representación de Venezuela) que “los Principios del Régimen Jurídico Venezolano eran altamente relevantes y debían ser tomado en consideración para decidir si la Ley de Inversiones de Venezuela contenía o no un consentimiento para someter la disputa en arbitraje”.

73. (...) El demandante agregó que un panel Ciadi es juez de su propia competencia, y que a consecuencia de ello, la decisión del Tribunal Supremo de Venezuela no era vinculante para el panel arbitral.

74. En primer término, el panel arbitral acota que de acuerdo al artículo 41 de la Convención Ciadi, es “juez de su propia competencia”. Y eso era así, independientemente de los fundamentos de su competencia, incluyendo una oferta unilateral hecha por la legislación de un Estado receptor de la inversión y aceptada por el inversionista. Esto ha sido reconocido por los paneles Ciadi en numerosos casos.

75. (...) la interpretación ya dada al artículo 22 por las autoridades venezolanas o por las cortes venezolanas no puede controlar la decisión de este panel arbitral sobre su competencia.

(...)

101. El panel arbitral observa que el Artículo 22 consiste en una singular larga oración de cierta complejidad. Como lo afirmó el Profesor **Christoph Schreuer** en su Comentario a la Convención Ciadi, este artículo “es redactado en términos ambiguos y es próximo a dar dificultades de interpretación, principalmente respecto a si contiene o no una expresión de consentimiento de Venezuela a un arbitraje Ciadi o no”. (Autor ampliamente citado por la sentencia 1.541/2008 para justificar su conclusión).



**D** La Decisión 1.541/2008 de la Sala Constitucional desestima que el artículo 22 de la LPPI contenga una "oferta unilateral" tanto conforme al derecho interno (que le vincula en forma directa e inmediata al ser un Tribunal interno), como al Derecho Internacional (al analizar el consentimiento estatal que renuncia a su fuero en beneficio de la jurisdicción del Ciadi); en tanto que el Laudo Ciadi, luego de afirmar que sólo emplea el "estándar internacional", desarrolla todo un análisis de derecho interno sobre la "intención de Venezuela" y acude a los orígenes del "drafting" (redacción) de la norma doméstica, partiendo de la teoría de los "actos unilaterales" dada una manifestación de voluntad estatal sin "instrumento internacional" de suerte tal que, en la praxis, puede afirmarse que también desestima a la "oferta unilateral" empleando a ambos estándares (recurre al propio texto del artículo y a la intención de Venezuela al redactarlo). Todo en consonancia con la sentencia 1.541/2008.

#### SENTENCIA 1.541/2008:

"Respecto al **tercer supuesto** de manifestación de voluntad del Estado que se enunció anteriormente (consentimiento vía **ley nacional**), la Sala advierte que el análisis del mismo no se agota o limita únicamente a las consecuencias formales de considerar que las controversias internacionales que se presenten entre la República e inversionistas extranjeros, deban someterse a la jurisdicción arbitral internacional y, particularmente a la del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi), esto es, en otras palabras, que sus consecuencias jurídico prácticas se circunscriban a temas de jurisdicción sino que, además, inciden directamente en el ámbito sustantivo de las controversias en cuanto al derecho aplicable y a los principios de las relaciones internacionales como se expone *infra*.

No desconoce esta Sala que en la doctrina y jurisprudencia internacional, las leyes pueden ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: "Tradex Hellas SA vs. Albania") -Vid. Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_262\\_\(1996\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_(1996).pdf)-, en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada "Ley de Albania de 1993" contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo

25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi); o con anterioridad en la controvertida decisión N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: "Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt"), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada "Ley de Inversiones de Egipto" no requería de las partes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.

Por ello, el análisis de la manifestación de voluntad del Estado si bien debe abordarse conforme al derecho interno en la medida que es con base a tal ordenamiento jurídico que se genera el acto estatal, también es pertinente considerar los principios y criterios internacionales en la materia para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional. Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala advierte que si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario, ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional -Cfr. Ciadi, caso: "CSOB vs. Slovakia" del 24 de mayo de 1999-.

Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

"(...) El principio *Compétence-Compétence* y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para



entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de *Compétence*. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro cae dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hoy que litigar; de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral son nulos, dado el principio de *Competence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de *compétence* que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. *Compétence* hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos

jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin *compétence* dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por *compétence*.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...). -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. "El Principio *Compétence-Compétence* Revisado", en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiera del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción.

(...)

Así, el en el presente caso es procedente acudir al principio general de interpretación de la ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, cuyo contenido afirma que "(...) a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)", lo cual resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal. Así, "(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría (1994. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4ª Edición). Madrid: Editorial Civitas, Pág. 29) denomina como 'fuentes significativas' del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que

*expresan la unidad del ordenamiento jurídico (...)*" – Vid. Sentencia de esta Sala N° 760/07.

En ese contexto, la República puede determinar según razones de oportunidad y conveniencia las condiciones y alcances de sus relaciones internacionales, así como los medios alternativos de resolución de conflictos, toda vez que del texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son todos ellos (arbitraje, conciliación, negociación) parte del sistema de justicia, sin que exista prevalencia de un medio sobre otro.

Ciertamente, si bien la República y el gobierno conforme a la Constitución y leyes vigentes se encuentran limitados en la extensión de sus facultades frente a otros sujetos de derecho internacional por principios fundamentales del ordenamiento jurídico –tales como las limitaciones contenidas en el artículo 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "(...) El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional (...)"–, también es que la soberanía y la autodeterminación nacional permiten y obligan a los órganos del Poder Público a establecer las condiciones más favorables para el logro de los intereses y fines del Estado consagrados en la Constitución, conforme al artículo 152 el cual establece lo siguiente:

*"(...) Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales (...)"*

Ahora bien, dado que conforme al ordenamiento jurídico nacional el consentimiento del Estado en el arbitraje legal y jurisprudencialmente es inequívoco y expreso en los términos antes señalados, presupone asimismo que el consentimiento deba ser informado –Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08–, para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía.

Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular. Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de resolución de conflictos, sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso.

Así, se debe postular que si bien es posible que mediante una ley la República pueda emitir su voluntad de someterse al arbitraje internacional –supuesto que no se verifica en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones como se expone *infra*– la interpretación de las correspondientes normas en el derecho interno debe realizarse en cada caso, tomando en consideración los criterios contenidos en la presente decisión.

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente SHREUER al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas –como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual–, o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley –como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje– y previsiones que debido a su falta de claridad deben interpretarse –tal como se consideró en el mencionado caso del Ciadi N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*")– (Vid. SCHREUER, CHRISTOPH. *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer ed. 2008), consul-

tado el 17 de julio de 2008 en la página web [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf).

En ese orden, se puede reseñar el tratamiento que en el derecho comparado se ha efectuado en torno a la manifestación del consentimiento de los Estados en materia de arbitraje, sobre la base de la cual esta Sala advierte lo siguiente:

PAÍSES	LEGISLACIÓN	CONTENIDO Y CONDICIONES
Albania	1993 Ley N° 7764. Artículo 8	Esta legislación fue objeto de análisis en el citado caso del Ciadi "Dralex vs. Albania" del 24 de diciembre de 1996, constituyéndose la referida norma como una inequívoca oferta unilateral de sometimiento a arbitraje respecto a los casos vinculados con expropiaciones.
Costa de Marfil	1995 Ley N° 95/260 Artículo 24	En el presente ordenamiento jurídico, no sólo somete al Estado a las previsiones del Ciadi y del mecanismo complementario, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 24, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.
El Salvador	1999 Ley de Inversiones Artículo 15	En su artículo 15 <i>etiam</i> , se establece que "(...) En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del Ciadi); Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del Ciadi; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del Ciadi (...)", lo cual denota no sólo la inexistencia de una oferta unilateral, sino la necesidad de un acuerdo previo o una manifestación de voluntad por escrito de las partes, para poder someterse a la jurisdicción arbitral.

Egipto	1997 Ley N° 8 Artículo 7	En el artículo 7 de la correspondiente ley de inversiones, se establece expresamente que las disputas surgidas con ocasión de la aplicación de la ley, entre Estados y de éstos con inversionistas deben resolverse de conformidad con lo acordado por las partes, ello a los fines de evitar las interpretaciones desfavorables que respecto de leyes derogadas, habían formulado órganos de arbitraje internacional -Vid. Ciadi, decisiones del 14 de abril de 1988, caso: "Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt" y del 24 de junio de 1993, caso: "Manufactures Hanover Trust Co. vs. Arab Republic of Egypt"-.
Etiopía	1999 N° 37/1996 Artículos 21 y 22	Se establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Kazajistán	2003 Ley sobre Inversiones Artículo 9(2)	Como resultado de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se abandonó el sistema abierto o liberal y se estableció la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
México	2006 Ley de Inversión Extranjera	Esta legislación no contiene ni permite un consentimiento unilateral del Estado para someter disputas a arbitraje internacional. No obstante, cabe destacar que bajo la ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN y conforme al artículo 1120 <i>etiam</i> , México se ha sometido a varios procedimientos en Ciadi.
Namibia	1993 Acta N° 24 Artículo 13	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional y prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.
Perú	1991 Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera Artículos 16 y 17	De conformidad con los artículos 16 y 17, "(...) Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte del Perú. Artículo 17.- Los derechos en el presente Título no afectan ni limitan en forma alguna el derecho de los inversionistas extranjeros a acceder a los beneficios que se les otorgue o hayan otorgado mediante otros dispositivos legales (...)".
República de África Central	1988 Ley N° 88.004 Artículo 30	El ordenamiento jurídico de esta nación africana no sólo somete la conciliación y el arbitraje a las previsiones del Ciadi, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 30, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo.



República de Botswana	1970 "Settlement of Investment Disputes Act" (*) Sección 11	La legislación de inversiones extranjeras contiene una cláusula amplia y unilateral del Estado para someterse a la jurisdicción del Ciadi, siempre y cuando el inversionista dentro del año de su inversión inicial, otorgue su consentimiento por escrito ante el correspondiente órgano sectorial. (*) -Vid. AMAZU A. ASOZU. <i>International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development</i> . Cambridge University Press, 2001 -.
Tanzania	1997 Acta de Inversiones Artículo 9 (1) y (2)	Este ordenamiento jurídico establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Túnez	1993 Ley N° 93/120 Artículo 67	Como consecuencia de un proceso de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se acentuó la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.
Uganda	2006 Código de Inversiones Aparte V, Sección 29(3)	La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado no sólo no da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional, sino prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral.

Del anterior cuadro, puede colegirse que la **tendencia internacional es establecer disposiciones claras en torno a la voluntad de los Estados de someterse de forma unilateral a la jurisdicción arbitral** y, en aquellos casos en los cuales la legislación resultaba favorable desde la perspectiva de los tribunales arbitrales para someter controversias a su jurisdicción en contra de la voluntad de los Estados, tales disposiciones legislativas han sido derogadas por sistemas rígidos que niegan tal posibilidad.

Tales circunstancias resultan fundamentales, si se admite como principio la necesidad que la voluntad del Estado sea expresa e inequívoca de someter sus controversias a arbitraje, ya que no puede pretender afirmarse esa intención o alcance a una manifestación de voluntad comprendida en una ley cuyo contenido se ha restringido por modificaciones de orden legal y por la actividad internacional desarrollada por ese Estado -vgr. Suscripción de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones o de contratos con soluciones diversas a las supuestamente planteadas en la ley-.

Ahora bien, en el contexto jurisprudencial internacional la interpretación del consentimiento ha sido objeto de múltiples decisiones, fundamentalmente con ocasión de la ejecución del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y

**Nacionales de Otros Estados (Ciadi).** Así, cabe destacar que la simple afirmación de la interpretación restrictiva o estricta de tales normas, fundamentada en que el consentimiento es otorgado por un Estado soberano, no ha sido acogida en organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (Ciadi).

Sobre ese punto, se ha afirmado en materia contractual que la interpretación de una cláusula arbitral o la manifestación de voluntad de un Estado al respecto, no debe formularse en términos restrictivos sino sobre la base del principio "*pacta sunt servanda*", como principio de derecho común en todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, de forma tal que lo relevante es determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje -Vid. Ciadi, caso: "*Amco Asia Corporation vs. República de Indonesia*" del 25 de septiembre de 1983-.

En un caso posterior, se señaló que si bien el consentimiento para someterse a la jurisdicción del arbitraje no puede presumirse que se constituya en una derogación del derecho a acceder a los tribunales nacionales, la interpretación del mismo no debe regirse bajo un criterio hermenéutico estricto o amplio, sino bajo el principio de buena fe -Vid. Ciadi, caso: "*SOABI vs. Senegal*" del 25 de febrero de 1988-.

En la decisión del 14 de abril de 1988 (caso: "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*"), resulta relevante el criterio expuesto por el Tribunal Arbitral, según el cual si bien la manifestación de voluntad contenida en una ley no debe interpretarse ni en forma amplia ni estricta, sino objetivamente bajo el principio de buena fe y sólo se encontrará fundamentada correctamente, si los argumentos y elementos de las normas bajo análisis a favor de la existencia de la manifestación de voluntad son preponderantes.

Recientemente se ha afirmado en materia de tratados internacionales que la interpretación en lo que respecta a la manifestación del consentimiento, debe aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados, como los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena -Vid. Ciadi, Caso: "*Mondev Intl. Ltd vs. Estados Unidos*" del 11 de octubre de 2002, así en similar sentido las decisiones "*Tradex vs. Albania*" del 24 de diciembre de 1996 y "*SGS vs. Filipinas*" del 29 de enero de 2004-.

También, se ha señalado en esta materia y con ocasión de la interpretación de las denominadas "*cláusulas paraguas*", que correcta aproximación a la determinación de la existencia y alcance de la manifestación de la voluntad



debe subsumirse bajo el principio "indubio mitius" –Vid. Ciadi, "SGS vs. Pakistan" del 16 de agosto de 2003–.

El principio "indubio mitius" ampliamente reconocido en el derecho internacional como medio complementario de interpretación, "(...) se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes (...). En el asunto Comunidades Europeas-Hormonas, el órgano de apelación aplicó este principio de la siguiente manera: (...) No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF (...)" (Destacado de esta Sala) –CONDON, BRADLY J. El derecho de la Organización Mundial de Comercio Tratados, Jurisprudencia y Práctica. Cameron May, p. 56-57.

Bajo ese marco jurisprudencial, considera la Sala que debe interpretarse el artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (G.O. N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999), a la luz del texto constitucional venezolano, el cual establece lo siguiente:

"(...) Artículo 22. Las 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, o las controversias 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), serán 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 (...)" (Destacado de la Sala).

Así, pueden extraerse tres supuestos claramente expuestos, a saber:

- que el organismo emprenda operaciones en los territorios del miembro de que se trate (...). Artículo 58. Diferencias en las que intervienen te-

nedores de una garantía o reaseguro. Toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre las partes del mismo se someterá a arbitraje para laudo final de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro (...)" Las 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, en cuyo caso debe atenderse al correspondiente acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones;

- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi); lo cual comporta que es sobre la base de ese convenio que debe determinarse si existe una manifestación de voluntad por parte del Estado para someter determinadas controversias a mecanismos de arbitraje, circunstancia que como se señaló anteriormente, puede derivar de una cláusula contractual, un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones o una ley en donde se establezca dicho consentimiento de forma inequívoca y expresa (que no es el caso de la vigente Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones in comento).
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), cuyo contenido sí establece expresamente que "(...) Artículo 57. Diferencias entre el organismo y sus miembros. a) Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 56 y de la Sección b) de este Artículo, cualquier diferencia entre el Organismo y un miembro o una dependencia del mismo y cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miembro del Organismo, se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio. b) Las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. En este último caso, el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo, el cual, en cada caso, será aprobado por la Junta por mayoría especial antes de–Vid. Artículos 57 y 58–, por lo que en los términos antes señalados la República en el particular

marco regulatorio de ese convenio se sometió expresamente a la jurisdicción arbitral y en los términos que el mismo establece (No así para el caso del Ciadi).

De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi), **sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje**, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), si se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto –Vid. Artículos 57 y 58 del Convenio y 1, 2 y 4 del Anexo II–; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio Ciadi, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató *supra*, en donde se ha señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral).

A igual conclusión debe arribarse de la lectura integral del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, ya que la norma al señalar que “*Las controversias que surjan entre un inversionista internacional*”, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela “(i) *un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones*, (ii) *o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA)* (iii) *o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi)*, **serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece (...)**”, frase cuyo contenido denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma, que la voluntad del legislador se refiere expresa e inequívocamente al contenido interno o propio de los respectivos acuerdos o tratados. Por ello, dado que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados no contiene en sí, manifestación alguna de voluntad para el sometimiento al sistema arbitral es que debe desestimarse cualquier argumentación en ese sentido, salvo que se contrarie la propia doctrina jurisprudencial antes referida y el contenido del artículo 25 y el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que “*(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte*

*del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)*”.

Una interpretación en contrario, sería afirmar que la sola mención en una ley nacional al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o su Reglamento del Mecanismo Complementario, implica la manifestación de voluntad del Estado y por lo tanto la admisión de la voluntad presunta en materia de arbitraje, lo cual es inaceptable bajo cualquier ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, ya 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; habrá de buscarse si existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna disposición legislativa que someta a arbitraje determinadas materias o relaciones contractuales, sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley sobre 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 de arbitraje internacional.

Desde el punto de vista internacional, asumir que el Estado Venezolano mediante la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras, derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya que bajo las cláusulas de la nación más favorecida, conforme a la cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, los inversores no sólo excluirían la vía diplomática u otros medios para la resolución de conflictos –vgr. Acciones ante el Poder Judicial, conciliación o incluso arbitrajes ante otras instituciones como la Cámara Internacional de Comercio–, sino que se vaciaría de contenido el principio de buena fe del Estado al suscribir convenios bilaterales o multilaterales de inversión con soluciones distintas o diversas a las contempladas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados

y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario.

Ciertamente, si bien bajo la vigencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario, se tramitan y desarrollan una gran cantidad de arbitrajes internacionales, también debe reconocerse la existencia de otras instituciones que los Estados soberanamente pueden elegir a tales efectos, como la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, sin que pueda afirmarse apriorísticamente, la preponderancia o preferencia de uno sobre otro, por lo que la voluntad de los Estados al respecto es fundamental y necesaria para determinar en cada caso bajo qué régimen o institución se deberá someter a la jurisdicción arbitral.

Una interpretación del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, que concluya que el mismo realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mitius*.

La anterior conclusión resulta consona con el desarrollo de la actividad internacional de la República, en la cual se han suscrito acuerdos sobre promoción y protección de inversiones, como las contenidas en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la **República de Cuba** para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -G.O. N° 37.913 del 5 de abril de 2004-, según el cual la resolución de controversias derivadas de la ejecución del mismo, debe resolverse conforme su artículo 9, a la elección del inversor a los "(...) tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o al arbitraje (...). 2. El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje (...). 3. El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido conforme las Reglas de Arbitraje de

la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (...)"; asimismo, prevé expresamente el Acuerdo bajo examen en su Protocolo, que "(...) en caso de que en el futuro ambas Partes lleguen a ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3, se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones C.I.A.D.I., y sólo en el caso en que, por cualquier circunstancia, Ciadi no esté disponible, se someterá al arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (...)".

Asimismo, debe referirse que la República Bolivariana de Venezuela al suscribir el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la **República Islámica de Irán** -G.O. N° 38.389 del 2 de marzo de 2006-, optó por una solución distinta al establecer en su artículo 11, lo siguiente "(...) en caso que la Parte Contratante Receptora y el/los inversionistas no logran acordar, en un período de seis meses a partir de la fecha de notificación del reclamo efectuado por una de las Partes a la otra, el inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a: a.- Un Tribunal arbitral ad hoc a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o b.- Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París; o c.- Centro Internacional para la solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención [condición que no se verifica en la actualidad en el caso de Irán] (...)" (Corchetes de esta Sala).

Incluso, como se adelantó previamente, las consecuencias jurídico prácticas de una potencial oferta **unilateral** de arbitraje (vía ley nacional), por el sólo hecho de haberse suscrito el Convenio Ciadi, no se agotan en los prolegómenos de acceso a la jurisdicción Ciadi, esto es, a problemas de "jurisdicción"; sino que despiertan también diversas interrogantes de cara a su coherencia y armonía con las denominadas cláusulas de la nación más favorecida, conforme al cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, lo que potencialmente pudiera generar desequilibrios entre las relaciones de un país con otros (y a sus nacionales, obviamente), así como el cuestionamiento mismo de la utilidad práctica de la redacción "a la carta" de cada uno de los Acuerdos o Tratados de Protección de Inversiones (en donde cada Estado pondera qué tipo de inversiones



quiere proteger y en qué forma), llegando incluso a cuestionarse si ello no podría llegar al extremo de derogar en la práctica a tales Tratados.

Así, afirmar que existe en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones una oferta unilateral no sólo resulta absurdo desde una perspectiva internacional, sino contraría igualmente el contenido de la legislación interna, en particular de los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, los cuales establecen expresamente lo siguiente:

*"(...) Artículo 5°. Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto Ley.*

*Parágrafo Primero: No obstante lo previsto en los artículos 8° y 9° del presente Decreto-Ley, 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, disfrutarán sólo de la protección concedida por este Decreto-Ley, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.*

*Parágrafo Segundo: En la negociación de tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones, el Estado procurará asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien esos tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países, en Venezuela.*

*(...)*

*Artículo 7°. Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.*

*Parágrafo Primero: Mediante ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo*

*previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.*

*Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.*

*Artículo 8°. No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.*

*Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.*

*Artículo 9° Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7° y 8° de este Decreto Ley (...)"*

Así, a manera de ejemplo, supongamos que un Estado (como ocurrió con Albania y su Ley de 1993, *ut supra*), realiza una oferta unilateral de arbitraje a todos los inversionistas cuyo país de origen si haya suscrito el Convenio Ciadi, se observa, que pudieran ocurrir circunstancias como estas: (i) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio Ciadi) puede demandar al país oferente (como Albania), pero sus nacionales –de este último– no podrían hacer lo mismo, porque en el país X no existe una ley similar, dado que la sola suscripción del Convenio Ciadi no otorga esa facultad automática; con lo cual, se le estaría dando una posición privilegiada al país X (una suerte de "inmunidad") que no se le ofrece a otros países con los cuales si se hayan suscrito específicos Tratados Bilaterales de Inversión, y a los cuales si se les podría demandar directamente (hayan suscrito el convenio Ciadi o no); (ii) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio Ciadi), y con quien el Estado oferente (vía ley) no tiene ningún tipo de relaciones comerciales estables (prueba de ello es que no existen convenios o tratados), puede demandar directamente a ese último Estado, sin parámetros (por cualquier materia, en cualquier momento, sin cargas previas, sin el deber de agotar instancias diplomáticas, sin importar qué tipo de "nacional" se trate, entre otras especificaciones) y, en cambio, el nacional inversionista de un país Y (con cuyo país de origen si se ha suscrito un Tratado de Protección de Inversiones, pero no ha suscrito el Convenio Ciadi), debe someterse y observar el contenido de dicho Tratado



en aras de poder demandar. Todo lo cual, en principio, generaría una mejor posición de los nacionales del país con quien no se tienen Tratados, en lugar de los que sí.

Con ello, resulta claro que interpretar que el artículo 22 *eiusdem* contiene una oferta unilateral a favor de la arbitralidad para la resolución de controversias, desconocería que el Estado debe procurar asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en el o los países con los cuales se negocien tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países en Venezuela —en los supuestos señalados *ut supra*—, más aun cuando la ley prevé que las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tienen vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan sólo de la protección concedida por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida, lo cual no sería necesario si se asume una interpretación a favor de una oferta unilateral.

Aunado a las anteriores consideraciones, cabe señalar que no es posible tampoco derivar una oferta unilateral por parte del Estado del contexto del artículo 21 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, el cual establece que: "(...) *Cualquier controversia que surja entre el estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias (...)*". Ciertamente, de una simple lectura del artículo parcialmente transcrito es evidente que el mismo no se refiere a controversias surgidas entre particulares (inversionistas) sino entre Estados, siendo obligación del Estado propiciar la resolución del conflicto mediante el sistema arbitral que ambos Estados soberanamente determinen —vgr. Arbitraje *ad hoc*—.

Finalmente, se reitera que la sola suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales

de Otros Estados, por parte de uno, varios o todos los Estados relacionados en materia de inversiones internacionales por acuerdos de protección y promoción de inversiones bilaterales o multilaterales, no vinculan *ipso iure* la resolución de las respectivas controversias a los procedimientos contenidos en dicha convención, siendo cardinal en todo caso, la existencia de la tantas veces aludida manifestación escrita e inequívoca de voluntad.

#### LAUDO CIADI (MOBIL VERSUS VENEZUELA)

86. La Convención Ciadi requiere en su artículo 25 que las partes en disputa "hayan consentido por escrito" la sumisión de la misma al Centro. De acuerdo al artículo 25, el consentimiento por escrito es indispensable, pero el texto no ofrece una indicación más allá sobre la manera o el tiempo respecto a ese consentimiento por escrito o respecto a la vía por la cual aquel deber interpretarse.

87. Las normas que regulan los actos unilaterales de los Estados en el Derecho Internacional nunca han sido codificadas y continúan siendo controversiales en un cierto número de puntos. Más aun, como ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional en su reporte de 2006 a la Asamblea General de las Naciones Unidas "el concepto del acto unilateral no es uniforme". De acuerdo a la Comisión una distinción básica debe delinearse en ese campo, entre: (i) actos formulados en el ámbito y de acuerdo a un Tratado y (ii) Otros actos formulados por los Estados en el ejercicio de su libertad de actuar en el plano internacional.

88. Ambos actos pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Sin embargo, cuando se consideran esos actos fuera del ámbito y fundamentos de un Tratado, es frecuentemente difícil determinar si esos actos implícitamente establecen esas obligaciones. Confrontando situaciones de esta clase en el caso Preah Vihear de 1961 y en los casos de los Ensayos Nucleares en 1974, la Corte Internacional de Justicia decidió que "Cuando los Estados realizan declaraciones por las cuales su libertad de acción se restringe, una interpretación restrictiva debe aplicarse". (Véase acá el principio "in dubio mitius" aplicado por la Sala Constitucional).

(...)

95. Sobre la base de esas reglas del Derecho Internacional que regulan la interpretación de los actos unilaterales formulados dentro del ámbito y fundamentos de un Tratado ("texto de la norma" e "intención del Estado")

es que este panel arbitral procederá a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela.

96. El panel arbitral debe agregar que el hecho que el Derecho Interno y el Derecho Internacional de Tratados no controlan o regulan el caso, no significa que ellos deben completamente ignorarse: (I) Como se estableció en los párrafos precedentes, cuando un tribunal interpreta actos unilaterales, ellos deben haber tomando en consideración la intención del Estado al momento de haber formulado a tales actos. En este particular la ley interna puede cumplir un rol altamente útil.

Es necesario repetir como acotación relevante en este punto que el Laudo Ciadi desarrolla desde el punto 97, al 111, una interpretación del propio texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones Venezolana (*infra*) y luego del punto 120, al 141. Desarrolla la "Intención de Venezuela" como Estado, asistiéndose, exclusivamente – y como es lógico – de fuentes venezolanas (i.e. el proceso de formación y redacción de la ley; la Constitución de Venezuela; la Ley de Arbitraje de Venezuela; y de funcionarios y representantes de Venezuela que participaron en su redacción).

(...)

101. El panel arbitral observa que el Artículo 22 consiste en una singular larga oración de cierta complejidad. Como lo afirmó el Profesor Christoph Schreuer en su Comentario a la Convención Ciadi, este artículo "es redactado en términos ambiguos y es próximo a dar dificultades de interpretación, principalmente respecto a si contiene o no una expresión de consentimiento de Venezuela a un arbitraje Ciadi o no". (Autor ampliamente citado por la sentencia 1.541/2008 para justificar su conclusión).

(...)

138. (...) De acuerdo a todo lo anterior, el panel arbitral concluye que de la historia legislativa del Artículo 22 no establece que, al momento de dictarse la Ley de Inversiones, Venezuela haya intentado dar su consentimiento general de someterse a un arbitraje Ciadi.

139. El panel arbitral observa que, para el momento de la aprobación de la Ley de Inversiones, Venezuela ya había suscrito más de 15 APRI's o BIT's (Tratados de Inversiones), y en ninguno de ellos había expresado "su incondicional consentimiento para someter las disputas" al arbitraje Ciadi o que sus disputas con inversionistas extranjeros "serían sometidas al Arbitraje Ciadi a solicitud de los nacionales" (del otro país), o tampoco

usado a ambas frases. Palabras similares fueron usadas en algunas leyes nacionales y en el modelo de cláusula del Ciadi. Si había sido la intención de Venezuela ofrecer su consentimiento por adelantado al arbitraje Ciadi en general, habría sido fácil para los redactores del Artículo 22, haber expresado esa intención en forma clara, mediante el uso de cualquiera de esas formulas ampliamente conocidas.

140. Por lo tanto, el Panel arbitral arriba a la conclusión que esa pretendida intención no ha sido establecida. Y como consecuencia, no puede concluirse del texto ambiguo del artículo 22 que Venezuela, al momento de dictar la Ley de Inversiones de 1999, haya consentido por adelantado al arbitraje Ciadi para todas las disputas cubiertas por la Convención Ciadi. ESE ARTÍCULO NO OFRECE ELEMENTOS PARA OTORGAR JURISDICCIÓN A ESTE PANEL ARBITRAL.

#### DISPOSITIVO FINAL DEL LAUDO CIADI

#### "IV.- PARTE DISPOSITIVA DE LA DECISIÓN

209. Por las razones expuestas;

El Tribunal decide en forma unánime:

- Que tiene jurisdicción sobre la reclamación presentada por Venezuela Holdings (Holanda), Mobil CN Holding y Mobil Venezolana Holdings (Delaware), Mobil CN y Mobil Venezolana (Bahamas), y así respecto a: (i) las reclamaciones basadas en incumplimiento del Tratado de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones suscrito entre el Reino de Holanda y la República de Venezuela, suscrito el 22 de octubre de 1991. (ii) sólo respecto a disputas nacidas después del 21 de febrero de 2006 para el Proyecto Cerro Negro y después del 23 de noviembre de 2006 para el Proyecto La Ceiba y en particular, y exclusivamente en la medida que estén vinculadas a las medidas de nacionalización tomadas por la República (sic) de Venezuela;
- Que no tiene jurisdicción de acuerdo al artículo 22 del Decreto con rango y fuerza de Ley N° 356 para la Protección y Promoción de Inversiones del 3 de octubre de 1999.
- Tomar las órdenes necesarias para la continuación del procedimiento de acuerdo a lo previsto en las Reglas de Arbitraje (Ciadi) 41.4
- Se reservan todas las cuestiones relativas a los costos y gastos del panel arbitral y a los costos de las partes a una determinación subsiguiente.

(Firmado)

Juez Gilbert Guillaume

Presidente.

(Francés)

(Firmado)

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

(Suiza)

(Firmado)

Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri

(Egipto)"

## 5.

### Laudo Ciadi de Jurisdicción *Mobil versus Venezuela*

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES  
WASHINGTON, D.C.

IN THE PROCEEDING BETWEEN

MOBIL CORPORATION, VENEZUELA HOLDINGS, B.V.,  
MOBIL CERRO NEGRO HOLDING, LTD.,  
MOBIL VENEZOLANA DE PETRÓLEOS HOLDINGS, INC.,  
MOBIL CERRO NEGRO, LTD., AND  
MOBIL VENEZOLANA DE PETRÓLEOS, INC.  
(CLAIMANTS)

AND

BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA  
(RESPONDENT)

(ICSID CASE NO. ARB/07/27)

---

DECISION ON JURISDICTION

---

*Members of the Tribunal:*

H.E. Judge Gilbert Guillaume, *President*  
Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitrator*  
Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri, *Arbitrator*

*Secretary of the Tribunal:*

Ms. Katia Yannaca-Small

*Representing the Claimants:*

Mr. Oscar M. Garibaldi,  
Mr. Eugene Gulland,  
Mr. Miguel Lopez Forastier  
Covington & Burling LLP  
and  
Ms. Toni D. Hennike  
Exxon Mobil Corporation

Date: June 10, 2010

*Representing the Respondent:*

Mr. George Kahale, III,  
Mr. Mark H. O'Donoghue,  
Ms. Miriam K. Harwood,  
Ms. Gabriela Álvarez-Avila  
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP



## CONTENTS

I. PROCEDURE	1
II. SUMMARY OF THE PARTIES' SUBMISSIONS	5
A - THE RESPONDENT'S MEMORIAL ON JURISDICTION	5
1- Background of the case	6
2- Objections to Jurisdiction	9
B - THE CLAIMANT'S COUNTER MEMORIAL ON JURISDICTION	10
1- Statement of facts	10
2- Legal basis for jurisdiction	12
C - THE RESPONDENT'S REPLY ON JURISDICTION	14
D - THE CLAIMANT'S REJOINDER ON JURISDICTION	16
E - THE HEARING ON JURISDICTION	17
III. DECISION OF THE TRIBUNAL	19
A - ARTICLE 22 OF THE INVESTMENT LAW	19
1- Standard of Interpretation	21
(a) Determination of the standard	21
(b) Content of the standard	25
2- Interpretation of Article 22	28
(a) The text of Article 22	28
(b) The principle of <i>effet utile</i>	31
(c) The intention of Venezuela	33
B - ARTICLE 9 OF THE BIT BETWEEN THE NETHERLANDS AND VENEZUELA	39
1- Jurisdiction under the BIT	41
(a) Nationality of the Claimants	41
(b) Direct and Indirect Investments	44
2- Abuse of right	45
(a) The applicable law	46
(b) Application of the Law to the Case	51
C - COSTS OF THE PROCEEDINGS	57
IV. DISPOSITIVE PART OF THE DECISION	57

## I. PROCEDURE

- On 6 September 2007, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "the Centre") received from (i) three U.S. (Delaware) companies, **Mobil Corporation** ("Mobil"), **Mobil Cerro Negro Holding, Ltd.** ("Mobil CN Holding"), and **Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.** ("Mobil Venezolana Holdings"); (ii) two Bahamian companies, namely **Mobil Cerro Negro, Ltd.** ("Mobil CN"), and **Mobil Venezolana de Petróleos, Inc.** ("Mobil Venezolana"); and (iii) one Dutch company, **Venezuela Holdings, B.V.** ("Venezuela Holdings"), a request for arbitration, dated 6 September 2007, against the Bolivarian Republic of Venezuela ("Venezuela" or the "Respondent").
- On the same day, the Centre, in accordance with Rule 5 of the ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings ("the Institution Rules") acknowledged receipt of the request and on the same day transmitted a copy to Venezuela and to its Embassy in Washington, D.C.
- The Request for Arbitration, as supplemented by the Claimants' letters of 28 September 2007, was registered by the Centre on 10 October 2007, pursuant to Article 36(3) of the ICSID Convention. On the same day, the Secretary-General of ICSID, in accordance with Rule 7 of the Institution Rules, notified the parties of the registration and invited them to proceed to constitute an Arbitral Tribunal as soon as possible.
- By letter of 7 January 2008, the Claimants confirmed the parties' agreement on the number and method for the constitution of the Arbitral Tribunal, according to which the Tribunal shall be composed of three arbitrators, one appointed by each party and the third one, who shall serve as the President of the Tribunal, to be appointed by agreement of the parties with the assistance of the first two appointed arbitrators.

5. On 7 January 2008, the Claimants appointed Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, a national of Switzerland, as arbitrator. On 31 January 2008, the Respondent appointed Dr. Ahmed S. El-Kosheri, a national of Egypt, as arbitrator.
6. The parties having failed to appoint a presiding arbitrator, and more than 90 days having elapsed since the registration of the request for arbitration, the Claimants, by letter of 16 May 2008, requested the Chairman of the ICSID Administrative Council to appoint the presiding arbitrator, pursuant to Article 38 of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 4. On 25 July 2008, the Chairman of the ICSID Administrative Council, in consultation with the Parties, appointed H.E. Judge Gilbert Guillaume, a national of France, as the presiding arbitrator.
7. All three arbitrators having accepted their appointments, the Acting Secretary-General of ICSID, by letter of 8 August 2008, informed the Parties of the constitution of the Tribunal, consisting of H.E. Judge Gilbert Guillaume, Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler and Dr. Ahmed S. El-Kosheri, and that the proceeding was deemed to have begun on that day, pursuant to Rule 6(1) of the ICSID Arbitration Rules.
8. The first session of the Tribunal was, with the agreement of the parties, held on 7 November 2008, at the World Bank's Paris Conference Center. Present at the session were:

Members of the Tribunal:

1. H.E. Judge Gilbert Guillaume, *President of the Tribunal*
2. Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitrator*
3. Dr. Ahmed S. El-Kosheri, *Arbitrator*

ICSID Secretariat:

4. Ms. Katia Yannaca-Small, *Secretary of the Tribunal*

For the Claimants:

5. Mr. Oscar M. Garibaldi, *Covington & Burling LLP*
6. Mr. Eugene D. Gulland, *Covington & Burling LLP*
7. Mr. Toni D. Henrike, *Law Department, Exxon Mobil Corporation*
8. Mr. Charles A. Beach, *Law Department, Exxon Mobil Corporation*
9. Mr. Luis Marulanda del Valle, *Law Department, Exxon Mobil Corporation*

For the Respondent:

10. Mr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
11. Ms. Gabriela Álvarez Avila, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C*
12. Ms. Miriam K. Harwood, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
13. Mr. Peter M. Wolrich, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
14. Dr. Bernard Mommer, *Bolivarian Republic of Venezuela*
15. Ms. Hildegard Rondón de Sansó, *Bolivarian Republic of Venezuela*
16. Dra. Beatrice Sansó de Ramírez, *Bolivarian Republic of Venezuela*
17. Ms. Mariel Pérez, *Bolivarian Republic of Venezuela*
18. Ms. Irama Mommer, *Bolivarian Republic of Venezuela*

9. Various aspects of procedure were determined at the session, including a schedule for the submission of written pleadings.
10. The Respondent's Memorial on Jurisdiction was filed on 15 January 2009, followed by the Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction on 16 April 2009, the Respondent's Reply on Jurisdiction on 15 June 2009 and the Claimants' Rejoinder on Jurisdiction on 17 August 2009.
11. On 9 September 2009, the Tribunal held a procedural conference with the parties by telephone.
12. An oral Hearing on Jurisdiction was held at the offices of the World Bank's Paris Conference Center, on 23-24 September 2009. Present at the hearing were:

Members of the Tribunal:

1. H.E. Judge Gilbert Guillaume, *President of the Tribunal*
2. Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitrator*
3. Dr. Ahmed S. El-Kosheri, *Arbitrator*

ICSID Secretariat:

4. Ms. Katia Yannaca-Small, *Secretary of the Tribunal*

Attending on behalf of the Claimants:

5. Mr. Oscar Garibaldi, *Covington & Burling LLP*
6. Mr. Eugene Gulland, *Covington & Burling LLP*
7. Mr. Thomas Cabbage, *Covington & Burling LLP*
8. Mr. Miguel López Forastier, *Covington & Burling LLP*
9. Mr. David Shuford, *Covington & Burling LLP*
10. Ms. Luisa Torres, *Covington & Burling LLP*

11. Ms. Mary Hernandez, *Covington & Burling LLP*
12. Mr. Andres Barrera, *Covington & Burling LLP*
13. Mr. Andrés A. Mezgravis, *Travieso Evans Arria Rengel & Paz*
14. Mr. Theodore Frois, *Exxon Mobil Corporation*
15. Ms. Toni D. Hennike, *Exxon Mobil Corporation*
16. Mr. Charles A. Beach, *Exxon Mobil Corporation*
17. Mr. Eugene Silva, *Exxon Mobil Corporation*
18. Mr. Alberto Ravell, *Exxon Mobil Corporation*
19. Mrs. Anna Knull, *Exxon Mobil Corporation*
20. Mr. James R. Massey, *witness*
21. Professor Alan Brewer-Carias, *expert*
22. Professor Christoph Schreuer, *expert*

Attending on behalf of the Respondent:

19. Mr. George Kahale III, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  20. Mr. Mark O'Donoghue, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  21. Mr. Miriam Harwood, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  22. Mr. Peter Wolrich, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  23. Ms. Gloria Díaz, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  24. Mr. Christopher Grech, *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
  25. Mr. Joaquin Parra, *Bolivarian Republic of Venezuela*
  26. Dr. Bernard Mommer, *Bolivarian Republic of Venezuela*
  27. Mr. Armando Giraud, *Bolivarian Republic of Venezuela*
  28. Ms. Moreeliec Peña, *Bolivarian Republic of Venezuela*
13. Following the hearing, Members of the Tribunal deliberated by various means of communication, including a meeting for deliberations in Paris on 2 December 2009.
  14. The Tribunal has taken into account all the pleadings, documents and testimonies that were submitted in this case.

## II. SUMMARY OF THE PARTIES' SUBMISSIONS

### A – THE RESPONDENT'S MEMORIAL ON JURISDICTION

15. On 15 January 2009, the Bolivarian Republic of Venezuela submitted a Memorial containing its Objections to Jurisdiction (the "Memorial").

### 1- Background of the case

16. Such Memorial first reviews the background of the case. In this respect it stresses the strategic nature of the oil industry in Venezuela under article 302 of the Constitution. It recalls that in 1975, the oil industry was nationalized through the Organic Law that Reserves to the State the Industry and Trade of Hydrocarbons (the "1975 Nationalization Law"). In fact, the Law "permitted only two means of private participation in the oil industry: (i) operating agreements, which were to be simple service contracts; and (ii) association agreements, which were permitted only in "special cases". "The latter were valid only if a State company had a participation that guaranteed control by the State and only if the agreement was approved by Congress"<sup>1</sup>. In this context, a State-owned petroleum company, *Petróleos de Venezuela (PDVSA)* was then created.
17. The 1990's marked a change of policy known as *Apertura Petrolera*. Foreign investors returned to the Venezuelan oil industry through "progressively more strained interpretations of the 1975 Nationalization Law"<sup>2</sup>. In this framework, an agreement was entered into on 28 October 1997 by *Lagoven Cerro Negro S.A.* (now *PDVSA Cerro Negro S.A.*, hereinafter referred to as *Lagoven* or "*PDVSA CN*"), a subsidiary of *PDVSA* with *Veba Oel Venezuela Orinoco GmbH (Veba)*, a German corporation, and *Mobil Producción e Industrialización de Venezuela, Inc. (MPIV)*, a Delaware corporation, for the production and upgrading of extra-heavy crude oil in the Orinoco Oil Belt. The agreement (the "*Cerro Negro Agreement*") did not create any "contractual relationship with the Republic and imposed no restriction on the right of the Government to exercise its authority over the petroleum industry"<sup>3</sup>. It only provided for compensation of the contracting private parties by *Lagoven* in the event that certain governmental actions defined in the contract as "Discriminatory

<sup>1</sup> Memorial § 12.

<sup>2</sup> Memorial § 14.

<sup>3</sup> Memorial § 23.

Measures" would result in a "Material Adverse Impact", subject to a ceiling on compensation. Disputes between the Parties related to the Cerro Negro Project would be governed by Venezuelan law and submitted to arbitration within the International Chamber of Commerce (ICC).

18. Moreover Profit Sharing Agreements were authorized by the Congress of Venezuela in 1995 to permit private investors "to explore for oil with no participation by a State owned entity"<sup>6</sup>. In this framework, the La Ceiba Agreement was concluded on 10 July 1996. As of June 2007, Mobil Venezolana (Bahamas) was one of the parties to that Agreement. Here again, the contract "imposed no limitations whatsoever on the sovereign rights" of Venezuela<sup>7</sup>.
19. A new Hydrocarbon Law was adopted in 2001<sup>8</sup> and from October 2004, a number of measures were taken by the Government of Venezuela to regulate the petroleum industry. The royalty rates were increased in October 2004. Then "the Minister of Energy and Mines issued an Instruction on April 12, 2005, declaring that the operating service agreements were illegal and setting in motion an orderly process of "migration" of those agreements to the new form of mixed companies required under the 2001 Hydrocarbons Law"<sup>9</sup>. In May 2006, an extraction tax of 33 1/3 % was enacted. In August 2006, the income tax rate was increased to 50 % and "term sheets were prepared for all companies involved in the associations, outlining the proposed conditions for conversion into mixed companies consistent with the 2001 Hydrocarbons Law. Discussions regarding migration failed to reach fruition, and on 8 January, 2007, the President of the Republic announced that all the projects that had been operating outside the framework of the 2001 Hydrocarbons Law, including the Cerro Negro and La Ceiba Projects would be nationalized"<sup>10</sup>. A decree of 26 February

<sup>6</sup> Memorial § 34.

<sup>7</sup> Memorial § 36.

<sup>8</sup> Memorial - Footnote 52.

<sup>9</sup> Memorial § 39.

<sup>10</sup> Memorial § 45.

2007 called for the transformation (called "migración") of the oil associations (including both Projects) into mixed companies approved by the National Assembly (the "Nationalization Decree"). Amicable settlements were arrived at in most cases. However for the Cerro Negro and La Ceiba Projects, "Exxon Mobil has insisted on demands for grossly exaggerated compensation that made settlement with it impossible"<sup>9</sup>.

20. In the midst of the changes in the Venezuelan petroleum industry thus described, the Claimants in October 2005 created a new entity under the laws of the Netherlands, Venezuela Holdings, and inserted it into the corporate chains for the Cerro Negro and La Ceiba Projects in February 2006 and November 2006 respectively.
21. As a result of this restructuring, Mobil (Delaware) owns 100% of Venezuela Holdings (Netherlands), which owns 100% of Mobil CN Holding (Delaware), which owns 100 % of Mobil CN (Bahamas), which finally owns a 41 2/3 % interest in the Cerro Negro Association.
22. Venezuela Holdings (Netherlands) also owns 100 % of Mobil Venezolana Holdings (Delaware), which owns 100 % of Mobil Venezolana (Bahamas), which finally owns a 50 % interest in the La Ceiba Association.
23. As a consequence, according to Venezuela, the claims addressed to the Tribunal fall into three general categories:
  - "(a) claims deriving from Mobil CN's interest in the Cerro Negro Project;
  - (b) claims deriving from Mobil Venezolana's interest in the La Ceiba Project;
  - (c) claims deriving from Mobil's investment in the capital of the two operators, OCN and Agencia Operadora La Ceiba"<sup>10</sup>.

24. The jurisdictional grounds alleged for the first two categories are:

<sup>9</sup> Memorial § 52.

<sup>10</sup> Memorial § 73.



- a. The 1999 Venezuelan Law on the promotion and protection of investments (the "Investment Law");
- b. The 1993 bilateral investment treaty between the Netherlands and Venezuela (the "BIT" or the "Treaty").

25. The sole alleged basis for jurisdiction over the last of Mobil's claims is the "Investment Law".

## 2- Objections to Jurisdiction

26. Venezuela first contends that Article 22 of the Investment Law does not provide the requisite clear and unambiguous consent to arbitration of this dispute. In this respect, it refers to the text itself of the law, to Venezuelan legal principles and to a decision rendered on 17 October 2008 by the Venezuelan Supreme Court. It moreover stresses that a comparison of Article 22 with other national investment laws leads to the same conclusion. It adds that a comparison with the language of consent in ICSID's model clauses also makes clear that consent to ICSID jurisdiction does not exist in the present case. Finally it submits that in any case, Claimants Venezuela Holding, Mobil CN Holding and Mobil Venezolana Holdings are not "the owners" of the direct investments in Venezuela or "the one who actually controlled" them<sup>11</sup>. Therefore they do not qualify as "international investors" under the Investment Law.

27. Venezuela contends that the BIT does not provide a basis for ICSID jurisdiction over the dispute. It submits that Venezuela Holdings is a "corporation of convenience" created in anticipation of litigation against the Republic of Venezuela for the sole purpose of gaining access to ICSID jurisdiction. It concludes that "this abuse of the corporate form and blatant treaty-shopping should not be condoned"<sup>12</sup>. In support of this argument, it invokes ICSID case law in *Autopista v. Venezuela*, *Tokios Tokios v.*

<sup>11</sup> Memorial § 120.

<sup>12</sup> Memorial § 127.

*Ukraine and Aguas del Tunari v. Bolivia*. It moreover submits that Claimants Mobil CN, Mobil CN Holding, Mobil Venezolana and Mobil Venezolana Holdings cannot obtain jurisdiction under the Dutch treaty, because of their nationality. It finally contends that indirect investments, as those cited by the Claimants, do not qualify for protection under that treaty.

28. Venezuela concludes that "for the reasons set forth above, the claims set forth in the Request should be dismissed in their entirety"<sup>13</sup>.

## B—THE CLAIMANT'S COUNTER MEMORIAL ON JURISDICTION

29. On 16 April 2009, the Claimants submitted a Counter-Memorial on Jurisdiction (the "Counter-memorial").

### 1- Statement of facts

30. The Claimants first state that "there is no genuine dispute about the main events giving rise to this arbitration"<sup>14</sup>. They stress in particular that Venezuela "has admitted that it 'nationalized' the Cerro Negro and La Ceiba Projects in 2007"<sup>15</sup>.

31. The Claimants however submit that "the Respondent's chronology of relevant events is misleading"<sup>16</sup>. They contend that the Venezuelan Government gave repeated assurances after 2001 that it would honor contracts signed during the oil opening. In particular, the Government entered on 16 January 2002 into a Royalty Procedures Agreement accepting that the royalty rate for the Cerro Negro Project would remain at the reduced rate of 1% and would not for the life of the Cerro Negro Project exceed 16 2/3 % (instead of the 30 % provided for in the 2001 Law)<sup>17</sup>. Moreover, the Claimants submit that, contrary to the allegations of the Government of Venezuela, the

<sup>13</sup> Memorial § 179.

<sup>14</sup> Counter Memorial § 1.

<sup>15</sup> Counter Memorial § 18.

<sup>16</sup> Counter Memorial p.12.

<sup>17</sup> Counter Memorial § 25.

Government was not willing in 2006 to negotiate the terms of a "migración" of the Project to a mixed enterprise. Then, as a follow up to a speech by President Chávez of 8 January 2007, the National Assembly enacted on 1<sup>st</sup> February 2007 an Enabling Law under which a Nationalization Decree was taken on 26 February 2007. As ordered by that decree and under threat of military force, Operadora La Ceiba's and Operadora Cerro Negro's assets and operation were transferred to PDVSA in April 2007 "with full reservation of rights". In June 2007, Venezuela fully and finally expropriated the entire investments.

32. The Claimants then explain how their investments were restructured in 2004-2006 through a holding company in the Netherlands. This process "began in late 2004, immediately after the Respondent increased the royalty rate for Orinoco Oil Belt projects from 1 % to 16 2/3 %"<sup>18</sup>. [B] "was completed in 2006, well before the Republic of Venezuela made announcements that it intended to nationalize the Orinoco Oil Belt and profit-sharing projects"<sup>19</sup>. During that period, new and important investments were projected and made. The restructuring "was not intended, nor could it have been intended to 'position' the Claimants for disputes that 'had arisen,' as alleged by the Respondent"<sup>20</sup>.
33. The Claimants add that the Cerro Negro Association Agreement does not curtail their rights to prosecute this case. On the contrary, it requires Mobil Cerro Negro to commence and pursue legal claims against Venezuela parallel to the proceedings in the ICC case against PDVSA and PDVSA-CN. Moreover, the agreement "does not limit the recovery to which the Claimants are entitled in this arbitration"<sup>21</sup>. They do not contest the right of Venezuela to expropriate their investments as long as the Respondent complies with the requirements under the Treaty, general international law

<sup>18</sup> Counter Memorial § 42.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Counter Memorial § 46.

<sup>21</sup> Counter Memorial § 56.

and Venezuela's own law, "including the payment of full compensation"<sup>22</sup>. They assert that this obligation is referred to in the Offering Memorandum and the Common Security Agreement entered for the financing of the Cerro Negro Project, also mentioned by the Respondent.

34. The Claimants further submit that they engaged in good faith negotiations with the Government of Venezuela. The negotiation on the terms of the "migración" open before the nationalization was completed, failed "over non-economic terms imposed by the Government, including 'elimination of arbitration'"<sup>23</sup>. The negotiation failed because Venezuela was not prepared to pay compensation based on fair market value, as legally required.
35. The Claimants then contend that PDVSA purchased bonds related to the Cerro Negro Project to avoid a default resulting from the Respondent's expropriation.
36. They finally contend that Mobil Cerro Negro has not engaged in any campaign of harassment against PDVSA or PDVSA-CN, as the Respondent alleged. It only sought conservatory measures in various jurisdictions to ensure that the award to be rendered in the ICC arbitration would not become illusory.

## 2- Legal basis for jurisdiction

37. Turning to jurisdiction, the Claimants contend that the requirements for ICSID jurisdiction are met *ratione materiae*, *ratione personae*, and *ratione voluntatis*.
38. They first submit that Venezuela consented to that jurisdiction through Article 22 of the Investment Law. This text must be interpreted objectively and in good faith under the ICSID Convention and the relevant principles of international law, as recognized by ICSID case law. It must, in particular, take into account the principle of *effet utile*.

<sup>22</sup> Counter Memorial § 58.

<sup>23</sup> Counter Memorial § 64.

The Claimants add that their interpretation is confirmed by the context and purpose of the Investment Law, as well as the legislative intent. Moreover, "the Respondent's strained comparisons of Article 22 of the Investment Law with consent formulations in other domestic investment statutes and the ICSID Model Clauses are irrelevant"<sup>24</sup>. They submit that the decision rendered in 2008 by the Supreme Court of Venezuela is "not binding on this Tribunal" and "is not entitled to authority of any kind"<sup>25</sup>. They contend that "there is no basis under the Investment Law for the proposition that the concepts of "international investment" and "international investor" presuppose direct ownership or direct control over the investment"<sup>26</sup>. They add that in any case *Venezolana Holdings*, *Mobil Cerro Negro Holding* and *Mobil Venezolana Holdings* are international investors under the Investment Law.

39. The Claimants then state that Venezuela consented to ICSID jurisdiction under Article 9 of the BIT.

40. In this respect they first state that *Venezuela Holding* is not a "corporation of convenience" created for the sole purpose of gaining access to ICSID jurisdiction"<sup>27</sup>. According to the Claimants, the objection raised on that basis by Venezuela fails both on factual and legal grounds. There is no legal basis for imposing nationality requirements extraneous to the Treaty or for disregarding the nationality of those holdings. There is no more legal basis for piercing *Venezuela Holding's* corporate veil.

41. The Claimants further submit that not only *Venezuela Holdings*, but also *Mobil Cerro Negro*, *Mobil Cerro Negro Holding*, *Mobil Venezolana* and *Mobil Venezolana Holdings* are nationals of the Netherlands protected by the Treaty. Finally they contend that the Treaty protects indirect investments. On all those points, they invoke ICSID case law.

<sup>24</sup> Counter Memorial § 158.

<sup>25</sup> Counter Memorial § 161.

<sup>26</sup> Counter Memorial § 186.

<sup>27</sup> Counter Memorial § 187.

42. In the light of those arguments, the Claimants "request the following relief in the form of an Award on Jurisdiction:

- i. A declaration that the dispute is within the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal;
- ii. An order dismissing all of the Respondent's objections to the jurisdiction of ICSID and the competence of the Tribunal;
- iii. An order that the Respondent pay all costs of the proceedings on jurisdiction, including the Tribunal's fees and expenses and the costs of the Claimants' legal representation, subject to interest; and
- iv. Such other relief as might be right and proper"<sup>28</sup>.

#### C – THE RESPONDENT'S REPLY ON JURISDICTION

43. On 15 June 2009, Venezuela submitted its Reply on Jurisdiction (the "Reply").

44. It first states that the Claimants' version of the facts omits a few important points. It stresses in particular that *Mobil CN* "received a very robust return"<sup>29</sup> from its investments and that, contrary to the Claimants' evaluation, the true value of the interest at issue in this case is substantially less than US\$ 1 billion<sup>30</sup>. It adds that the measures complained of by the Claimants were taken in the legitimate exercise of Venezuela's sovereign rights and were reasonable and non discriminatory.

45. Venezuela then contends that the language of Article 22 does not support Claimants' position on jurisdiction. It submits that Venezuelan law is necessarily part of the analysis of that article. Under the law of Venezuela, as well as under international law, consent to arbitrate must be clear and unequivocal. Article 22 does not contain such

<sup>28</sup> Counter Memorial § 272.

<sup>29</sup> Reply § 5.

<sup>30</sup> Reply § 15.

consent. "The provision constitutes recognition and confirmation by the State that arbitration is a legitimate means of settling investment disputes with the State if and when the State has consented to arbitration under a specific treaty or agreement"<sup>31</sup>. That interpretation corresponds to the text, is compatible with the principle of *effet utile* and is supported by ICSID case law, as well as the long standing Venezuelan hostility towards arbitration. A comparison of Article 22 with other examples of true consent further undermines Claimants' position in this case. Finally, "there is no legislative history militating against the plain language of the statute"<sup>32</sup>.

46. Venezuela adds that, in any case, jurisdiction does not exist under the Investment Law and its implementing regulations for indirect investments, such as those of Venezuela Holdings, Mobil CN Holdings and Mobil Venezolana Holdings.
47. The Respondent then reaffirms that the Treaty does not establish a basis for jurisdiction in the present case. It stresses that ICSID case law provides "a clear set of factors to be taken into account in determining whether there has been an abuse through a 'corporation of convenience' for purposes of obtaining ICSID jurisdiction"<sup>33</sup>. Those conditions are not met here. The restructuring occurred long after the investment. It was took effect only in order to gain access to ICSID. The disputes were not only foreseeable, but they had actually been identified and notified to Respondent before the Dutch company was even created. The restructuring did not create a protected investment under the good faith standards articulated in the *Phoenix v. Czech Republic* case. There was an abuse of rights.
48. Venezuela further recalls that Mobil CN and Mobil Venezolana are companies organized under the laws of the Bahamas and that Mobil CN Holding and Mobil Venezolana Holdings are companies organized under the laws of the State of Delaware (USA). It submits that in any event those companies cannot bring claims as "Dutch

<sup>31</sup> Reply § 62.

<sup>32</sup> Reply, p. 48.

<sup>33</sup> Reply § 117.

nationals" in their own right. It contends in particular that this is incompatible with Article 25 of the ICSID Convention.

49. The Respondent finally submits that the investments of Venezuela Holdings, Mobil Cerro Negro Holding and Mobil Venezolana Holdings consist of equity interests in their immediate subsidiaries organized under the laws of the USA and the Bahamas. As such they are not "investments in the territory" of Venezuela. Those companies thus lack standing to assert jurisdiction under the BIT.
50. Venezuela finally maintains that the claims should be rejected for lack of jurisdiction.

#### D – THE CLAIMANT'S REJOINDER ON JURISDICTION

51. On 17 August 2009, the Claimants submitted their Rejoinder on Jurisdiction (the "Rejoinder").
52. They first reaffirm that the Respondent consented to ICSID jurisdiction in the Investment Law. According to the Claimants, Venezuela has retreated from its earlier position that its law controls this question, but it continues to distort the international standard of interpretation of consent instruments. They reaffirm that the Respondent's construction of the words "if it so establishes" in Article 22 is untenable. They stress that other parts of that article and the intent of the drafters confirm the result of the Claimants' textual analysis. They contest the Respondent's theory on the purpose of Article 22, as a matter of law and fact.
53. The Claimants further submit that "nothing in the text of the Investment Law or the Regulation excludes protection of investors that control investments through ownership of shares in holding companies"<sup>34</sup>. As a consequence, Venezuela Holdings, Mobil Cerro Negro Holding and Mobil Venezolana Holdings are protected by the Investment Law.

<sup>34</sup> Rejoinder § 55.



54. The Claimants then recall that Venezuela Holdings is a company incorporated in the Netherlands. It is thus a "national" of the Netherlands as required by the BIT. Its subsidiaries are genuinely and legally controlled by Venezuela Holdings. They are also covered by the BIT. Moreover, the Respondent's allegations of "treaty abuse" have no legal or factual ground, being observed that the Claimants "are not seeking the protection of the Treaty in respect of acts performed before"<sup>35</sup> it became applicable to them.
55. The Claimants further contend that the BIT does not limit the definition of investment to direct investment. It does not require that the claim be related to an investment "in the territory" of Venezuela. The objections raised by the Respondent on those grounds are without basis.
56. The Claimants finally maintain their submission as stated in their Counter Memorial.

#### E – THE HEARING ON JURISDICTION

57. At the hearing held on 23 and 24 September 2009, Venezuela maintained and developed its objections to the Tribunal's jurisdiction. It contends that it always had a "reluctant attitude toward arbitration"<sup>36</sup>, as shown by its Constitution, its 1998 Commercial Arbitration Law and the jurisprudence of its Supreme Court. It submits that under international law and Article 25 of the ICSID Convention, consent to arbitration must be clearly and unequivocally expressed. It adds that this is also the case under Venezuelan law, which "is of some relevance in this case, even if not dispositive"<sup>37</sup>. It recalls that, under Article 22 of the Venezuelan Investment Law, "Venezuela shall submit to arbitration in accordance with treaties, if they so provide"<sup>38</sup>. It concludes that "if the

<sup>35</sup> Rejoinder § 79.

<sup>36</sup> Hearing, 24 December 2009, transcript, p.9.

<sup>37</sup> *Ibidem* p.53.

<sup>38</sup> *Ibidem* p.53.

- treaties do not require the submission of a particular dispute to international arbitration, the provision is obviously inoperable"<sup>39</sup>. This is the situation in the present case.
58. Venezuela further contends that the BIT does not provide a basis for ICSID jurisdiction. It recalls that the Claimants had already notified investment disputes in February, May and June 2005 before the Dutch company was inserted into the corporate chain of ownership. Thus the Tribunal has no jurisdiction over the specific disputes that existed at that time. It has no more jurisdiction over the expropriation dispute which arose in 2007 because this dispute was already anticipated in 2005 and the Dutch company never made any bona fide investment in Venezuela. Thus, as in the *Phoenix* case, the creation of the Dutch company was not nationality planning, but abuse of right.
59. In answer to a question put by members of the Tribunal with respect to the arbitration pending in the International Chamber of Commerce between the Claimants and PDVSA Cero Negro, the Claimants and the Respondent agreed that there was no risk of double recovery.
60. At the hearing, the Claimants reaffirmed that the Tribunal has jurisdiction under Article 22 of the Venezuelan Law. They stress that Article 22 must be interpreted according to the ICSID Convention and to general international law in good faith without bias for or against jurisdiction. They analyse that text in its context, taking account of its object and purpose and conclude that it expresses the consent of Venezuela to arbitration of controversies to which the ICSID Convention may be applicable. They add that Article 3 §4 of the Investment Law covers Venezuela Holdings, Mobil Cero Negro Holding and Mobil Venezolana Holdings.
61. The Claimants further submit that, in the present case, the Tribunal has jurisdiction under the BIT both *ratione personae* and *ratione materiae*. They analyse the *Phoenix* award mentioned by Venezuela and stress that, the present situation is completely different, in particular with respect to anticipations and investments.

<sup>39</sup> *Ibidem* p.58.

### III. DECISION OF THE TRIBUNAL

62. Article 25 §1 of the ICSID Convention provides that "[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre".
63. According to Article 25, consent by both parties to a dispute is thus an indispensable condition for jurisdiction. The fact that the host State and the investor's State of nationality are parties to the Convention does not suffice.
64. Consent can be given through direct agreement between the host State and the investor. Under ICSID case law, consent may also result from a unilateral offer by the host State, expressed in its legislation or in a treaty, which is subsequently accepted by the investor.
65. In the present case, the Claimants submit that Venezuela consented to the jurisdiction of the Centre through:
- a. Article 22 of the Venezuelan Decree with rank and force of law N°356 on the promotion and protection of investments of 3 October 1999 (the "Investment Law").
  - b. The Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela signed at Caracas on 22 October 1991 (the "BIT" or the "Treaty").
66. The Respondent objects to both of these alleged bases for jurisdiction.

#### A – ARTICLE 22 OF THE INVESTMENT LAW

67. Article 22 of the Investment Law reads as follows:

"Las 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, o las controversias 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), serán 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".

68. Translated to English, Article 22 could read as follows:

"Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provision of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI-MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect"<sup>40</sup>.

69. The Parties disagree on the interpretation to be given to Article 22. The Claimants submit that Venezuela consented to ICSID jurisdiction under that article. Venezuela contends that that text does not provide such consent.
70. In order to clarify the meaning of Article 22, the Tribunal will first determine the standard of interpretation to be used and then apply that standard to Article 22.

<sup>40</sup> This translation has been proposed by Venezuela (Memorial on objections to jurisdiction §78). The Claimants have provided another translation in which the word « si así éste lo establece » have been translated, not as « if it so provides », but as « if it so establishes ». However the Claimants have stated that that difference of translation is immaterial (Counter-Memorial – footnote 205; Rejoinder – footnote 43). At the hearing, Venezuela declared that « The proper translation of « si así éste lo establece » is « if it so provides ». One can also translate it as « if it so establishes », use the word « establishes » as synonym with « provides ... » (24 September 2009 p.46). The Parties seem in agreement on the immateriality of the difference between "provided" and "established", although they diverge on the meaning to be given to both words (see also the Reply Memorial of Venezuela – footnote 76).

### 1- Standard of Interpretation

#### (a) Determination of the standard

71. In its Memorial, Venezuela submits that "under Venezuelan Law, Article 22 does not provide the requisite clear and unambiguous consent to arbitration of this dispute"<sup>41</sup>. In that perspective, it refers to the applicable "Venezuelan legal principles" and to a judgment issued by the Constitutional Division of the Venezuela Supreme Court of Justice of 17 October 2008 interpreting Article 22.
72. In the Reply, Venezuela adds that it "did not say that the issue of consent in this proceeding is governed exclusively by Venezuelan law and did not say that the recent Venezuela Supreme Court decision alone requires dismissal of this case". It only said that "Venezuelan Law principles are highly relevant and must be taken into account in deciding whether a Venezuelan statute constitutes consent to arbitrate..."<sup>42</sup>
73. The Claimants for their part submit that "the meaning and effects of article 22 must be determined, first and foremost, under the ICSID Convention and the principles of international law"<sup>43</sup>. They add that an ICSID Tribunal is judge of its own competence and that as a consequence the decision of the Venezuelan Supreme Court is not binding on the Tribunal.
74. The Tribunal first notes that under Article 41 § 1 of the ICSID Convention, it is "judge of its own competence". It is so whatever the basis of that competence, including a unilateral offer made in the Host State's legislation and subsequently accepted by the investor. This has been recognized by ICSID tribunals in a number of cases<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Memorial p.43.

<sup>42</sup> Reply § 22.

<sup>43</sup> Counter-Memorial § 98.

<sup>44</sup> See for example *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt); *Inceysa Fallawansa, S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212.

75. The Tribunal adds that the same solution has been retained by the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice which made clear that a sovereign State's interpretation of its own unilateral consent to the jurisdiction of an international tribunal is not binding on the tribunal or determinative of jurisdictional issues<sup>45</sup>. Thus, the interpretation given to Article 22 by Venezuelan authorities or by Venezuelan courts cannot control the Tribunal's decision on its competence.
76. Another issue is whether Article 22 must be interpreted according to Venezuelan rules of interpretation or according to international law rules of interpretation. ICSID case law on that question is rare and lacks coherence.
77. In a number of cases, ICSID tribunals had to apply national legislations which were so clear that neither the parties, nor the tribunal felt necessary to expressly take a position on the rules of interpretation to be applied.
- (i) In *Trader v. Albania*<sup>46</sup>, the Tribunal noted that the Albanian investment law stated unambiguously that "[t]he Republic of Albania hereby consents to the submission thereof to the ICSID"<sup>47</sup> and Albania only challenged the jurisdiction of the tribunal *ratione temporis*. In its decision, it rejected that objection through an analysis of the applicable text, without referring to any general principle of interpretation.
- (ii) In *Inceysa v. El Salvador*, four Salvadorian laws were invoked by the Claimant. In three cases, the Tribunal, observed that it was "obvious" that those laws did not confer jurisdiction to ICSID<sup>48</sup>. It specified twice that the laws invoked did not meet the requirements of Article 25 of the ICSID Convention. By contrast, it said in five lines that the fourth text "clearly indicates that the Salvadorian State... made to the foreign investors a unilateral offer", which however did not cover the investment in question<sup>49</sup>.

213; *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award (24 January 2003), § 339.

<sup>45</sup> *Electricity Co. of Sofia and Bulgaria (Preliminary objections)*, PCIJ, Series A/B N°77 (1909); *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* - 19 December 1978 - ICI Reports 1978 p.3; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* - 4 December 1998 - ICI Report 1988 p. 432.

<sup>46</sup> *Trader Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction (24 December 1996), 14 ICSID Rev. - FILJ 163 (1999); 3 ICSID Rep. 47 (2002).

<sup>47</sup> *Ibidem* § 79.

<sup>48</sup> *Inceysa v. El Salvador*, Award, § 310, 316 and 327.

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 332.

(iii) In *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, the Tribunal decided that it had jurisdiction on the basis of the BIT between Turkey and Kazakhstan. It added in two lines that it also had jurisdiction under the foreign investment law of Kazakhstan<sup>50</sup>. However, as that law had been repealed, there was a discussion on the jurisdiction *ratione temporis* of the Tribunal. In that respect, the Tribunal rejected the objection of the Respondent, basing itself both on the transitional provisions of the Kazakh law and on the fact that it is "well established in international law that a State may not take away accrued rights of a foreign investor by domestic legislation abrogating the law granting these rights"<sup>51</sup>.

(iv) In *Biwater Gauff v. Tanzania*, the Tribunal, after having quoted the relevant provisions of the Tanzanian investment law observed that, in view of those provisions, its jurisdiction was facing an "immediate" and "insurmountable difficulty"<sup>52</sup>.

78. In three cases, however, ICSID Tribunals dealt explicitly with the question of the rules of interpretation to be applied.
79. In *SPP v. Egypt*, the Tribunal noted that, "[t]he jurisdictional issue in this case involves more than interpretation of municipal legislation. The issue is whether certain unilaterally enacted legislation has created an international obligation under a multilateral treaty. Resolution of this issue involves both statutory interpretation and treaty interpretation". "Thus in deciding whether in the circumstances of the present case, law N° 43 constitutes consent to the Centre's jurisdiction, the Tribunal will apply general principles of statutory interpretation taking into consideration, where appropriate, relevant rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations"<sup>53</sup>. However, one must note that in the rest of the award, the part to be played by those different norms of interpretation is not easy to identify.
80. In *CSOB v. Slovak Republic*, the ICSID Tribunal had to decide whether it had jurisdiction both under a BIT and under a notice published by the Ministry of Foreign Affairs of the Slovak Republic. It stated on both grounds that "the question of whether the parties have effectively expressed their consent to ICSID jurisdiction is not to be

<sup>50</sup> *Rumeli Telekom AS v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008), §334.

<sup>51</sup> *Idem*, §335 and 336.

<sup>52</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (18 July 2008), §329.

<sup>53</sup> *SPP v. Egypt*, Decision on Objections to Jurisdiction, (14 April 1988), §61.

answered by reference to national law; it is governed by international law as set out in article 25(1) of the ICSID Convention"<sup>54</sup>.

81. Finally, in *Zhinvali v. Georgia*, the Tribunal took a third approach. Considering the Georgian investment law, it said that it was "dealing with an internal statute rather than a bilateral agreement". It observed that "if the national law of Georgia addresses this question of consent which the Tribunal find that it does then the Tribunal must follow that national law guidance, but always subject to ultimate governance by international law"<sup>55</sup>. It added that Georgian law was in "keeping with any international law principles that may be applicable"<sup>56</sup> and on the basis of the law thus interpreted, it concluded that the Claimant and the Respondent did consent to submit the dispute to the jurisdiction of ICSID.
82. From this review of ICSID case law, it results that:
  - (i) In at least four cases, the question was not clearly dealt with.
  - (ii) In *SPP v. Egypt*, the Tribunal decided to apply "general principles of statutory interpretation" taking into account both "relevant rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations".
  - (iii) In *CSOB v. Slovak Republic*, the Tribunal opted for international law without any reservation.
  - (iv) In *Zhinvali v. Georgia*, it opted for domestic law "subject to ultimate governance by international law".
83. The hesitations of ICSID Tribunals on that question result from the fact that, in those ICSID cases, the State's consent to arbitration was not contained in a treaty to be interpreted according to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, but in a unilateral act of a sovereign state, generally in the form of a national legislation.

<sup>54</sup> *Ceskoslovenská Obchodní Banka v. The Slovak Republic*, ICSID Case ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, (24 May 1999), § 35, 36 and 46.

<sup>55</sup> *Zhinvali v. Georgia*, Award, (24 January 2003), §339.

<sup>56</sup> *Idem*, §340.



84. Determining the applicable standard of interpretation is particularly difficult when the offer is contained in domestic legislation or other unilateral acts of the State, where there is no overarching convention regarding interpretation. The International Court of Justice had to face that very problem when interpreting optional declarations of compulsory jurisdiction made by States under Article 36 §2 of its Statute. It observed that:

"A declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court whether there are specified limits set to that acceptance or not, is a unilateral act of State sovereignty. At the same time, it establishes a consensual bond and the potential for a jurisdictional link with the other States which have made declarations pursuant to article 36 §2 of the Statute and 'makes a standing offer to the other States party to the Statute which have not yet deposited a declaration of acceptance'".<sup>37</sup>

Accordingly, such "international instrument must be interpreted by reference to international law".<sup>38</sup>

85. The Tribunal shares that analysis, which is in line with the decision taken in *CSOB v. Slovak Republic* and ultimately also in *Zürich v. Georgia*. Legislation and more generally unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction must be considered as standing offers to foreign investors under the ICSID Convention. Those unilateral acts must accordingly be interpreted according to the ICSID Convention itself and to the rules of international law governing unilateral declarations of States.

#### (b) Content of the standard

86. The ICSID Convention requires in Article 25 that parties to the dispute "consent in writing" to submit such dispute to the Centre. Under Article 25, consent in writing is thus indispensable, but the text does not give any further indication on the manner or timing of such written consent or on the way in which it must be interpreted.

<sup>37</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary objections – ICJ Reports 1998 p. 291 §25; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) – ICJ Reports 1998 p. 453 §46.

<sup>38</sup> Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) – ICJ Reports 1998 § 43, 64 and 68.

87. Rules governing States' unilateral acts in international law have never been codified and remain controversial on a certain number of points. Moreover, as recognized by the International Law Commission in its report of 2006 to the General Assembly of the United Nations, "the concept of unilateral act is not uniform"<sup>39</sup>. According to the Commission a basic distinction must be drawn in that field between:

- (i) acts formulated in the framework and on the basis of a treaty,
- (ii) and other acts formulated by States in the exercise of their freedom to act on the international plane.

88. Both acts may have the effect of creating legal obligations. However when considering acts not formulated in the framework and on the basis of a treaty, it is often difficult to determine whether those acts imply such obligations. Facing situations of that kind in the *Preah Vihear* case in 1961 and in the *Nuclear Tests* cases in 1974, the International Court of Justice decided that "when States make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for"<sup>40</sup>.
89. Similarly, the International Law Commission adopted in 2006 Guiding Principles covering this type of declaration under which "a unilateral declaration entails obligation for the formulating State only if it is stated in clear and specific terms. In the case of doubt as to the scope of the obligations resulting from such a declaration, such obligations shall be interpreted in a restrictive manner"<sup>41</sup>.
90. Rules of interpretation are however somewhat different when, as in the present case, unilateral acts are formulated in the framework and on the basis of a treaty, such as the ICSID Convention.

<sup>39</sup> Document A/CN.4/L.703 dated 20 July 2006 §3.

<sup>40</sup> *Nuclear Tests - New Zealand v. France - Judgment* of 20 December 1974, ICJ Reports 1974 p. 472-473 § 47; *Armed activities on the territory of the Congo (New application)*, 2002, (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p.28, §49 and 50).

<sup>41</sup> Document A/CN.4/L.703 dated 20 July 2006 – Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

91. Those rules have been fixed by the International Court of Justice in a long series of cases, when interpreting unilateral declarations of compulsory jurisdiction made under Article 36 § 2 of its Statute. The Court recalled that such a declaration is a unilateral act of State sovereignty and that at the same time, it establishes or could establish a jurisdictional link with other States (see § 84 above).
92. Accordingly, the Court first stated that "[t]he regime relating to the interpretation" of such declarations "is not identical with that established for the interpretation of treaties by the Vienna Convention on the law of treaties"<sup>62</sup>. It then stressed that every declaration "must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used"<sup>63</sup>.
93. At the same time, since declarations are unilaterally drafted instruments, "the Court has not hesitated to place a certain emphasis on the intention of the depositing State"<sup>64</sup>. "In interpreting a unilateral declaration that is alleged to constitute consent by a sovereign State to the jurisdiction of an international tribunal, consideration must be given to the intention of the government at the time it was made"<sup>65</sup>.
94. The Court thus interprets "the relevant words of a declaration including a reservation contained therein in a natural and reasonable way, having due regard to the intention of the State concerned"<sup>66</sup>. That intention can be deduced from the text, but also from the context, the circumstances of its preparation and the purposes intended to be served.
95. It is on the basis of those rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of a treaty that this Tribunal will now proceed to the interpretation of Article 22 of the Investment Law.

<sup>62</sup> Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) - ICJ Reports 1998 p.453 §46.

<sup>63</sup> Anglo-Italian Oil Co. - Preliminary objection - Judgment - ICJ Reports 1952 p. 105.

<sup>64</sup> Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) - ICJ Reports 1998 p. 454 § 48.

<sup>65</sup> *XPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 14 April 1988, § 107.

<sup>66</sup> Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) - ICJ Reports 1998 p.454 § 49.

96. The Tribunal must add that the fact that domestic law and the international law of treaties are not controlling or dispositive does not mean that they should be completely ignored:

(i) As stated in the preceding paragraphs, when tribunals interpret unilateral acts, they must have due regard to the intention of the State having formulated such acts. In this respect domestic law may play a useful role.

(ii) Although the law of treaties as codified in the Vienna Convention is not relevant in the interpretation of unilateral acts, the provisions of that Convention may "apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character" of unilateral acts<sup>67</sup>.

## 2- Interpretation of Article 22

### (a) The text of Article 22

97. According to Article 22, disputes arising under Venezuela's BITs or to which the MIGA or ICSID Convention is applicable, "shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides".
98. The Parties agree that this provision creates an obligation to go to arbitration subject to certain conditions and in particular subject to the last condition thus incorporated in Article 22. But they disagree on the interpretation to be given to that condition.
99. For the Claimants, the terms "if it so provides" means "if the respective treaty or agreement establishes (or provides for) international arbitration as a mean of dispute resolution"<sup>68</sup>. The Claimants then note that the ICSID Convention establishes such a system of dispute resolution. They conclude that, in the case of ICSID, the condition expressed in Article 22 is fulfilled and that Venezuela has thus consented to arbitration

<sup>67</sup> *Idolew* - ICJ Reports 1998 p. 453 § 46.

<sup>68</sup> Rejoinder § 18.

of ICSID disputes through that article. The Arbitral Tribunal has jurisdiction in the present case.

100. By contrast, Venezuela interprets the word "if it so provides" as if "the relevant treaty or agreement requires submission of the particular dispute to international arbitration"<sup>69</sup>. It notes that there is no such obligation in the ICSID Convention. Thus the condition is not fulfilled in the case of ICSID and the Arbitral Tribunal has no jurisdiction in the present case.
101. The Tribunal observes that Article 22 consists of one single long sentence of some complexity. As stated by Professor Christoph H. Schreuer in his Commentary to the ICSID Convention, this Article "is drafted in ambiguous terms and is likely to give rise to difficulties of interpretation, notably as to whether it contains an expression of Venezuela's consent to ICSID arbitration or not"<sup>70</sup>.
102. In this respect, the Tribunal notes that the disputes which Article 22 mentions "shall be submitted to international arbitration" subject to certain conditions. Article 22 thus creates a conditional obligation relating to the settlement of those disputes. Disputes covered by the text are:
- (i) disputes arising between an international investor whose country of origin has a BIT in effect with Venezuela;
  - (ii) disputes to which the provisions of the MIGA Convention are applicable;
  - (iii) disputes to which the ICSID Convention is applicable.
103. In this compound text, one observes that there is no mention of the Parties to the disputes in question. With respect to BITs, Article 22 refers to disputes arising "between" an international investor. One would have expected that, after the word "between", mention would have made not of one of the Parties, but of the two Parties to

<sup>69</sup> Hearing – 24 September 2009, transcript, p. 45.

<sup>70</sup> C. Schreuer et al., "The ICSID Convention: A Commentary" – Second Edition, Cambridge University Press, 2009, p. 363.

the dispute. This is not the case and the text must be completed in the light of BITs. A priori it could be construed as covering disputes between an international investor and Venezuela to which BITs are applicable.

104. With respect to the MIGA Convention, the Tribunal notes that the only disputes to which Venezuela could be a Party under that Convention are not disputes with investors, but disputes with the Agency itself<sup>71</sup>.
105. Finally, Article 22 covers disputes in which the ICSID Convention applies subject to two conditions.
106. First, the text specifies that the dispute shall be submitted to arbitration "according to the terms of the respective treaty or agreement". On that point, the Tribunal notes that, at the outset, Article 22 mentions "treaty or agreement" on the promotion and protection of investments and then the MIGA and ICSID Conventions. One could have expected that at the end of the article the text would have referred to the "respective treaty, agreement or convention". It does not do so. In spite of this awkward drafting, the Tribunal considers that the words "treaty and agreement" also cover the two Conventions.
107. One then reaches the second condition resulting from the words "si así éste lo establece", "if it so provides" or "establishes", on which the Parties disagree.
108. Grammatically, it is undisputed that the word "it" refers to the preceding words "treaty or agreement", which as stated above include the ICSID Convention.
109. The difficulty is with the word "lo" ("so"). This word certainly refers to the preceding words "shall be submitted to international arbitration". However it could be interpreted in two ways. It could mean:

- (i) If the treaty, agreement or convention provides for international arbitration or

<sup>71</sup> Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) of 11 October 1985 – Article 57 and Annex II.

(ii) If the treaty, agreement or convention provides for mandatory submission of disputes to international arbitration.

110. Both interpretations are grammatically possible. In the first one, the word "to" (so) refers to international arbitration. In the second one, it refers to the obligation to submit disputes to international arbitration.

111. In a number of cases concerning unilateral declarations, the International Court of Justice decided that it "cannot base itself on a purely grammatical interpretation of the text"<sup>72</sup>. Facing an ambiguous and obscure text, the Tribunal is in the same situation in the present case and has to look further.

#### (b) The principle of *effet utile*

112. In this regard, the Claimants invoke the principle of *effet utile* (*ut res magis valeat quam pereat*).

113. They contend that construing "if it so establishes" as "if the ICSID Convention provides consent to arbitration (or requires arbitration)" "would subject the mandate of the ICSID portion of Article 22 to a condition that could never be met"<sup>73</sup>. Moreover, the final clause of Article 22 referring to the possibility of litigation in Venezuelan courts would in such a case be useless. This would be "in flagrant violation of the principle of *effet utile*"<sup>74</sup>.

114. The Respondent opposes this view. It submits that Article 22 does not contain a general consent to arbitration of international investment disputes. It only constitutes recognition and confirmation by the State that arbitration is a legitimate means of settling investment disputes with investors, if and when the State has consented to

<sup>72</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. - Preliminary objection - Judgment* - ICJ Report 1952 p. 104; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* - ICJ Report 1998 § 47 p. 454.

<sup>73</sup> Counter Memorial § 113.

<sup>74</sup> Counter-Memorial § 115.

arbitration under a specific treaty. In such an interpretation, the clause reserving the competence of Venezuelan courts would still be useful.

115. In the Rejoinder, the Claimants recognize that it would not "be absurd" for a statute "to recognize and confirm the legitimacy of arbitration as a means of dispute settlement"<sup>75</sup>. But they submit that such an interpretation cannot be given to Article 22.

116. The Tribunal recalls that, as recognized by the International Court of Justice, "the principle of effectiveness has an important role in the law of treaties"<sup>76</sup>. As stated by the Tribunal in the *Eureko v. Poland* case "[i]t is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless"<sup>77</sup>. The International Court of Justice<sup>78</sup> and ICSID Tribunals<sup>79</sup> applied that principle in number of treaty cases.

117. It remains to be seen whether it is also applicable in the interpretation of State unilateral declarations, such as the legislation invoked in the present case.

118. In its 1988 decision, the *SPP v. Egypt* Tribunal did resort to the principle of *effet utile*<sup>80</sup>. However, later, the International Court of Justice decided that the principle of *effet utile* must not be taken into account in the interpretation of States unilateral declarations<sup>81</sup>. For such declaration "what is referred to in the first place... is that it should be interpreted in a manner compatible with the effect sought" by the State making it<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Rejoinder § 42.

<sup>76</sup> *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, ICJ Report 1998 p. 455 § 52.

<sup>77</sup> *Eureko BV v. Poland*, Partial Award and Dissenting Opinion, (19 August 2005), § 248.

<sup>78</sup> Advisory opinion of 21 June 1971 on the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia - ICJ Reports 1971 p.35 § 66; *Border and transborder armed actions (Nicaragua v. Honduras)* - Judgment of 20 December 1988 - ICJ Reports 1988 p. 89 § 46.

<sup>79</sup> *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Co v. Argentine Republic* - ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, (27 July 2006), § 132 and *PB America Production Co. and others v. Argentine Republic* - ICSID Case No. ARB/04/8 § 110; *Salmi Contractors S.p.A. and Italtrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, (9 November 2004), § 95.

<sup>80</sup> *SPP v. Egypt*, Decision on Objections to Jurisdiction, (4 April 1988), § 95-96.

<sup>81</sup> *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* - ICJ Reports 1998 p. 455 § 52.

<sup>82</sup> *Idem*.



119. This Tribunal agrees with this ruling. Thus in order to interpret Article 22, it will now consider its context, the circumstances of its preparation and its purpose in order to try to determine what was the intention of Venezuela when adopting Article 22.

**(c) The intention of Venezuela**

120. In this regard, Claimants contend first that the provisions of the Investment Law "are in many respects typical of investment treaties"<sup>87</sup> which usually includes arbitration clauses. Article 22 must be viewed in that context.
121. The Tribunal notes that, according to its Article 1, the Investment Law was "intended to provide investments and investors, both domestic and foreign with a stable and predictable legal framework in which the former and the latter may operate in a secure environment, through the regulation of actions by the State, towards these investments and investors, in order to achieve the increase, diversification and harmonious integration of investments to advance the objectives of national development".
122. Such aims are in general terms comparable to those of the treaties on promotion and reciprocal protection of investments and are reflected in the text of the law itself. Thus, the law contains provisions relating to fair and equitable treatment (Article 7 § 1), non-discrimination (article 8), confiscations and expropriations (Article 11) which are comparable to those incorporated in BITs. However, the rights thus recognized to international investors are often qualified in order not to affect the application of Venezuelan law<sup>88</sup> or the rights of Venezuelan investors<sup>89</sup>. Moreover Article 24 of the law specifies that its provisions do not prevent the adoption by Venezuela of a number of measures it enumerates, *inter alia* for national security, the conservation of natural resources and the integrity and stability of the Venezuelan financial system.

<sup>87</sup> Counter Memorial § 119.

<sup>88</sup> Article 7; Article 7 § 1; Article 7 § 2; Article 11; Article 12; Article 12 § 2; Article 14.

<sup>89</sup> Article 7 § 1; Article 10; Article 15 § 2.

123. The law is thus in some respect different from BITs. Moreover, BITs do not always contain compulsory arbitration clauses. Therefore one cannot draw from the law as a whole the conclusion that Article 22 must be interpreted as establishing consent by Venezuela to submit ICSID disputes to arbitration.
124. The Parties further seek to interpret the Investment Law in the context of Venezuela's attitude *vis-à-vis* arbitration. The Respondent stresses that that attitude has always been and remains cautious and restrictive. By contrast, the Claimants contend that a pro-arbitration environment was prevailing in 1999. For each of the Parties, Article 22 must be interpreted in the light of the attitude thus put forward.
125. The Tribunal first observes that Venezuela had some experience of arbitration at the end of the 19th and the beginning of 20th century which generated hostility in the country towards this form of settlement of disputes. Its boundaries with Colombia<sup>90</sup> and the new Republic of Guyana<sup>91</sup> were fixed at that time by two arbitral awards favourable to its neighbours, the validity of which was contested. Moreover in 1902, Venezuela had to face a military intervention by Germany, Italy and the United-Kingdom seeking to collect unpaid debts and had to accept the establishment of Mixed Commissions in charge of fixing the indemnities to be paid to its foreign creditors. Those events led to the formulation of the Drago doctrine and the Drago-Porter Convention of 1907 prohibiting the use of force for the recovery of contractual debts. It also favoured the insertion in concession contracts of the Calvo clause under which the investor commits itself not to ask for diplomatic protection by its State of origin.
126. The Constitution of Venezuela of 1999 describes in its Articles 253 to 261 "the judicial power and the system of justice" of Venezuela. Article 253 recognizes that "the alternative means of justice" are part of that system and Article 258, after having

<sup>90</sup> Sentence arbitrale de la Reine régente d'Espagne du 16 mars 1891; sentence arbitrale du conseil fédéral suisse du 14 mars 1922 - Reports of International Arbitral Awards of the United Nations - Volume I, p. 225.

<sup>91</sup> Sentence du 2 février 1897 - H. La Fontaine - Paix internationale - 1794-1900, p. 554.

mentioned "justice of peace", provides that "the law shall promote arbitration, conciliation, mediation and other alternative means of dispute settlement".

127. However, Article 151 of the 1999 Constitution (which reproduces Article 127 of the 1966 Constitution) provides that:

"In public interest contracts, unless inapplicable by reason of the nature of such contracts, a clause shall be deemed included, even if not expressed, whereby any doubts and controversies which may arise concerning such contracts and which cannot be resolved amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws, and shall not on any grounds or for any reason give rise to foreign claims".

128. Moreover, Article 4 of the Law on Commercial Arbitration of 7 April 1998 provides that:

"When one party to the arbitration agreement is a company where the Republic, States, Municipalities or Independent Institutions have a capital share of at least fifty per cent (50 %) or a company in which the above mentioned parties have a capital share of at least fifty per cent (50%), such agreement shall require for its validity the approval of the competent statutory body and the written authorization of the Ministry of Legal Protection. The agreement shall specify the type of arbitration and the number of arbitrators, which shall in no event be less than three (3)".

129. This reluctant attitude explains that, during the preparation of the ICSID Convention, Latin-American countries, including Venezuela, expressed reservations on the proposed text which, they said, contravened their constitutional principles<sup>88</sup>. It also explains why Venezuela signed the Convention only in 1993, almost thirty years after its adoption.

130. At that time, the environment in Venezuela had become more favourable to international arbitration. In 1993 and 1994, the Respondent ratified both the ICSID Convention and the New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of 10 June 1958, as well as the Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency of 1985. From 1991 to 2001, it concluded

<sup>88</sup> History of ICSID Convention - Volume II - I § 39.

25 BITs; 19 of them had entered into force in 2004. Finally it adopted the Investment Law of 1999.

131. It thus appears that the traditional hostility of Venezuela towards international arbitration had receded in the 1990s in favour of a more positive attitude. However, Venezuela remained reluctant *vis-à-vis* contractual arbitration in the public sphere, as testified by the 1998 Arbitration Law and Article 151 of the 1999 Constitution. Moreover, the Tribunal cannot draw from this general evolution in favour of BITs the conclusion that Venezuela, in adopting Article 22, intended to give in advance its consent to ICSID arbitration in the absence of such BITs.

132. The legislative history of Article 22 could in this respect provide more useful information on the intention of the drafters of the Investment Law<sup>89</sup>. However, the Investment Law of 1999 was a decree-law and as such was not discussed in Parliament. Moreover it contains no "exposición de motivos". Thus we have no direct information on its preparation.

133. The Claimants submit that the Investment Law was drafted in 1999 "under the direction of Ambassador Werner Corrales", who in "a contemporaneous publication, acknowledged that it was the intent of the drafters of the Investment Law to provide for consent to ICSID arbitration"<sup>90</sup>. Respondent doubts that the Investment Law had been drafted under Mr. Corrales' direction. It adds that even so, "Mr. Corrales' writings are of no help in the interpreting Article 22"<sup>91</sup>.

134. The Tribunal notes that in 1999 Mr. Corrales was Representative of Venezuela to the World Trade Organisation. He recognizes himself that he is "not an attorney", or an "expert in international law" or "investment arbitration". In a communication at a conference on investment arbitration in comparative law organized in April 2009 by the

<sup>89</sup> See for instance International Court of Justice - Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey) Judgment of 17 December 1978 - ICJ Reports p. 26 to 43.

<sup>90</sup> Counter Memorial § 122.

<sup>91</sup> Reply § 85.

Caracas Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Caracas Business Centre of Conciliation and Arbitration), he stated that he advised in 1999 that the President of Venezuela should prepare a law "that would serve as the compulsory framework for all international treaties and negotiations on investments". He said that he was then entrusted with preparing reference terms to write the draft law and direct its preparation. He adds that the "legal drafting" was assigned to a legal consultant of the Institute of Foreign Trade, Mr. Gonzalo Capriles<sup>92</sup>.

135. Soon after the publication of the Investment Law, Mr. Corrales in two articles gave "algunas ideas" (some ideas) on the legal regime of promotion and protection of investments in Venezuela. In those articles, he stated that in his "opinion, a regime applicable to foreign investments must leave open the possibility to resort to international arbitration [unilaterally], which today is accepted almost everywhere in the world, whether through the mechanism provided by the ICSID Convention or through the submission of the dispute to an international arbitrator or to an ad hoc arbitral tribunal as the one proposed by UNCITRAL. In any case, it must be clearly established that there may not be a simultaneous resorting to national courts and to the arbitration mechanism or to any other type of procedure of settlement of disputes. In our case, this subject is dealt with in Chapter IV (article 21-23) of the Investment Law, "where a great part of the principles commented is accepted"<sup>93</sup>.

136. The Tribunal observes that, in those articles, Mr. Corrales expressed his opinion on the provisions which, according to his judgement, must be incorporated in any regime of international arbitration. He adds that a "great part" of those principles "is accepted in articles 21 to 23 of the Investment Law"<sup>94</sup>. He did not say that the drafters of Article 22 intended to provide for consent to ICSID arbitration in the absence of any BIT.

<sup>92</sup> Speech by Ing. Werner Corrales at CEDCA's event - Investment arbitration in Comparative Law - 28 April 2009 - Business - June 2009 p. 78 to 80.

<sup>93</sup> La OMC como espacio normativo - p. 185/186. The word "unilaterally" did not appear in the first article of 30 April 1999. It was added in the second article in 2000.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

137. Ten years later, at the conference already mentioned organized by the Caracas Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Mr. Corrales was invited by the organisers of the conference to inform the audience of the "drafter's intention" for the law<sup>95</sup>. He then stated that, as far as he was concerned as co-drafter of the law, such intention was to offer "the possibility of open unilateral arbitration"<sup>96</sup>.

138. This last statement was made at a time the present proceedings were already engaged. It is not supported by contemporaneous written documents and the Claimants themselves did not ask Mr. Corrales to appear in the proceedings as a witness. They stated at the hearing that they do not rely on Mr. Corrales' statement "as legislative intent", but only as "confirmation" of their analysis<sup>97</sup>. Accordingly, the Tribunal concludes that the legislative history of Article 22 does not establish that, in adopting the Investment Law, Venezuela intended to consent in general and in advance to ICSID arbitration.

139. The Tribunal further observes that, at the time of the adoption of the Investment Law, Venezuela had already signed more than 15 BITs stating either that it gave "its unconditional consent to the submission of disputes" to ICSID arbitration or that its disputes with foreign investors "shall at the request of the nationals concerned be submitted to ICSID", or using both phrases. Comparable words were used in some national laws and in the ICSID model clauses. If it had been the intention of Venezuela to give its advance consent to ICSID arbitration in general, it would have been easy for the drafters of Article 22 to express that intention clearly by using any of those well known formulas.

140. The Tribunal thus arrives to the conclusion that such intention is not established. As a consequence, it cannot conclude from the ambiguous text of Article 22 that Venezuela,

<sup>95</sup> Speech by Mr. Corrales - 29 April 2009 - Business - June 2009 p. 78 (Exh. C-187).

<sup>96</sup> *Ibidem* p. 80. ("In my scope of competence at least, I can state the intention of offering the possibility of open unilateral arbitration... [M]y purpose as co-drafter was to offer in the broadest and most transparent manner the possibility of the investors resorting to international arbitration as a unilateral offer made by the Venezuelan State.")

<sup>97</sup> Hearing 24 September 2009, transcript, p. 19.

in adopting the 1999 Investment Law, consented in advance to ICSID arbitration for all disputes covered by the ICSID Convention. That article does not provide a basis for jurisdiction of the Tribunal in the present case.

141. Finally, the Tribunal notes that, according to the Respondent, Venezuela Holdings, Mobil C.N. Holding and Mobil Venezolana Holdings do not qualify as "international investors" under the Investment Law. The Respondent adds that, even if Article 22 were to be construed as consent to jurisdiction, that article would not provide a basis for such jurisdiction with respect to the claims submitted by those entities. The Claimants conclude the contrary. As the Tribunal has arrived to the conclusion that Article 22 does not constitute consent to jurisdiction with respect to any of the Claimants, it does not have to take a decision on those alternative submissions.

#### B – ARTICLE 9 OF THE BIT BETWEEN THE NETHERLANDS AND VENEZUELA

142. On 22 October 1991, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela concluded an Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments, which entered into force on 1<sup>st</sup> November 1993, after ratification by both Parties. That Agreement was "done in the Spanish, Netherlands and English languages, the three texts being equally authentic". However, under paragraph 3 of a Protocol signed on the same day, "[i]n case of difference of interpretation between the three equally authentic texts of the present Agreement reference shall be made to the English text".
143. Article 9 of the BIT provides in its paragraph 1 that "[d]isputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for the settlement of Investment Disputes for settlement by arbitration or conciliation under" the ICSID Convention. Article 9 adds in its paragraph 4 that "[e]ach Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in

paragraph 1 of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article".

144. The Claimants contend that the Tribunal has jurisdiction under the BIT to consider the case. The Respondent denies it. It describes the complex corporate form used by Mobil for its investment and submits that:

- (i) Some of the Claimants are not Dutch nationals and that the Dutch Claimant, Venezuela Holdings, has only made indirect investments in Venezuela. Thus, according to the Respondent, the BIT does not cover the present claims.
- (ii) Moreover, the Dutch entity is a "corporation of convenience" inserted into the corporate chain solely for the purpose of securing access to ICSID arbitration. Such an "abuse" of right should not be permitted<sup>88</sup>.

145. The Tribunal first recalls that the present dispute finds its origin in investments made by Mobil in Venezuela for the exploration of oil in La Ceiba from 1996 and for the production and upgrading of extra-heavy crude oil in Cerro Negro from 1997.
146. Some difficulties arose with respect to those projects from October 2004 to August 2006, when Venezuela increased royalty rates and income taxes and created a new extraction tax. Then, in February 2007, a decree called for the transformation of the existing Oil Associations (including Cerro Negro and La Ceiba) into mixed companies. No agreement for such transformation was arrived at between Venezuela and the Claimants. Later in 2007, Cerro Negro's and La Ceiba's assets and operations were transferred to PDVSA and a decree of expropriation was issued.
147. In the meantime, the Exxon Mobil investments in Venezuela had been restructured through a holding company incorporated in The Netherlands. As a result of this restructuring, Mobil (Delaware) owns 100 % of Venezuela Holdings (Netherlands)

<sup>88</sup> Reply, para 147.



which owns 100 % of Mobil CN Holding (Delaware) which owns 100 % of Mobil CN (Bahamas) which finally owns 41,66 % in the Cerro Negro project.

148. Venezuela Holdings (Netherlands) also owns 100 % of Mobil Venezolana Holding (Delaware) which owns 100 % of Mobil Venezolana (Bahamas) which finally owns 50 % interest in the La Ceiba Association.

149. In the light of those facts, the Tribunal will determine:

- a. whether the BIT provides a jurisdictional basis in the present case.
- b. and, if so, whether the Claimants have engaged in treaty abuse, which would exclude such jurisdiction.

### 1- Jurisdiction under the BIT

#### (a) Nationality of the Claimants

150. It is undisputed that Venezuela Holdings (Netherlands) is an entity incorporated in the Netherlands and as such, a Dutch national entitled to prevail itself of the BIT. But Venezuela submits that its subsidiaries, Mobil CN Holding (Delaware), Mobil Venezolana Holding (Delaware), Mobil CN (Bahamas) and Mobil Venezolana (Bahamas) have been incorporated either in the United States of America or in the Bahamas and are not Dutch nationals. According to the Respondent, they cannot prevail themselves of the Dutch - Venezuela BIT.

151. Claimants contend that subsidiaries of Venezuela Holdings (Netherlands) are controlled by this Dutch Holding and must therefore be deemed to be Dutch entities under the BIT.

152. Article 1 of the BIT provides that:

"For the purpose of this Agreement

[...]

"(b) The term "nationals" shall comprise with regard to either Contracting Party:

- (i) national persons having the nationality of that Contracting Party;
- (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party;
- (iii) legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above".

153. The Tribunal observes that Venezuela Holdings (Netherlands) owns 100 % of its US and Bahamian subsidiaries. Those subsidiaries are thus controlled directly or indirectly by a "legal person constituted under the law" of the Netherlands. Accordingly they must be deemed to be Dutch nationals under article 1 (b) (iii) of the BIT.

154. The Respondent submits however, that this article is incompatible with Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention which, according to Venezuela, excludes the use of the control test for the determination of a corporation's nationality.

155. Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention provides the following definition of the term "national of another Contracting State":

- "(i) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration, and,
- (ii) any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention".

156. The Tribunal observes that Article 25 fixes the "outer limits" of ICSID jurisdiction and that parties can consent to that jurisdiction only within those limits.

157. However Article 25 (b) (i) does not impose any particular criteria of nationality (whether place of incorporation, *siège social* or control) in the case of juridical persons not having the nationality of the Host State. Thus the parties to the Dutch-Venezuela BIT were free to consider as nationals both the legal persons constituted under the law

of one of the Parties and those constituted under another law, but controlled by such legal persons. The BIT is thus compatible with Article 25 of the ICSID Convention.

158. The Respondent further contends that in fact Venezuela Holdings (Netherlands) did not exercise any control on its subsidiaries. In the absence of genuine control, the BIT would not be applicable.

159. The Tribunal recalls that a Protocol to the BIT was concluded on the same day by the Netherlands and Venezuela. This Protocol, which is an "integral part" of the BIT, provides in its paragraph 1 and Article 1 (b) (iii):

"A Contracting Party may require legal persons referred to in Article 1 Paragraph (b) (iii) to submit proof of such control in order to obtain the benefit provided for in the provisions of the Agreement. For example, the following may be considered acceptable proof:

- a. that the legal person is an affiliate of a legal person constituted in the territory of the other Contracting Party;
- b. that the legal person is economically subordinated to a legal person constituted on the territory of the other Contracting Party
- c. that the percentage of its capital owned by national or legal persons of the other Contracting Party makes it possible for them to exercise control".

160. In the present case, Venezuela Holdings (Netherlands) owns 100 % of the share capital of its two American subsidiaries, which in turn own 100 % of the share capital of the two Bahamas subsidiaries. Thus the share capital of Venezuela Holdings (Netherlands) in those subsidiaries makes it possible for it to exercise control on them. The Tribunal does not have to consider whether or not such control was exercised in fact. In any case, under paragraph 1 (c) of the Protocol, those subsidiaries must be considered as nationals of the Netherlands benefiting of the provisions of the BIT.

161. This first objection to the tribunal jurisdiction based on the text of the BIT cannot be upheld.

#### (b) Direct and Indirect Investments

162. Venezuela then submits that Venezuela Holdings (Netherlands), Mobil Cerro Negro Holding and Mobil Venezolana Holding (Delaware) are not entitled to assert claims against Venezuela for their indirect interests in the Venezuelan investment of their Bahamian subsidiaries. In this respect, it submits that "the provisions of the Dutch Treaty establish that the obligations of a Contracting Party run only to nationals of the other Contracting Party with respect to their own investments and only to extent that those investments are located in the territory of the first Contracting Party"<sup>99</sup>.

163. The Claimants for their part contend that the BIT does not limit the definition of "investment" to direct investments. Moreover, it "does not require that the claim be related to an investment 'in the territory' of Venezuela"<sup>100</sup>. The Treaty was intended to protect investments in Venezuela held by a Netherlands company through a subsidiary whether such subsidiary is incorporated in the Netherlands or in a third country<sup>101</sup>.

164. The BIT in its Article 1 provides that:

"For the purpose of this Agreement:

- a. the term "investment" shall comprise every kind of asset and more particularly though not exclusively:
  - (i) movable and immovable property, as well as any other rights *in rem* in respect of every kind of assets;
  - (ii) rights derived from shares, bonds, and other kinds of interests in companies and joint ventures;
  - (iii) title to money, to other assets as to any performance having an economic value;

<sup>99</sup> Reply § 167.

<sup>100</sup> Rejoinder § 104.

<sup>101</sup> *Ibidem* § 105.

- (iv) rights in the field of intellectual property, technical processes, goodwill and know-how;
- (v) rights granted under public law, including rights to prospect, explore, extract and win natural resources".

165. The Tribunal notes that there is no explicit reference to direct or indirect investments in the BIT. The definition of investment given in Article 1 is very broad. It includes "every kind of assets" and enumerates specific categories of investments as examples. One of those categories consists of "shares, bonds or other kinds of interests in companies and joint ventures". The plain meaning of this provision is that shares or other kind of interests held by Dutch shareholders in a company or in a joint venture having made investment on Venezuelan territory are protected under Article 1. The BIT does not require that there be no interposed companies between the ultimate owner of the company or of the joint venture and the investment. Therefore, a literal reading of the BIT does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments. Investments as defined in Article 1 could be direct or indirect as recognized in similar cases by ICSID Tribunals<sup>102</sup>.

166. The second objection to the Tribunal jurisdiction based on the text of the BIT cannot be upheld.

## 2- Abuse of right

167. The Respondent then submits that the Exxon Mobil's corporate restructuring through the creation of the Dutch holding in 2005-2006 constituted an abuse of right and that, as a consequence, the Tribunal has no jurisdiction under the BIT. The Claimants contend that this allegation has no legal or factual basis.

<sup>102</sup> *Siemens AG v. The Argentine Republic* - ICSID Case No. ARB/02/8 - Decision on Jurisdiction, (3 August 2004), ¶ 136-137, 12 ICSID Reports 174 (2007); *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* - ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, (6 July 2007), ¶ 123-124.

168. The Tribunal will first consider the law applicable to abuse of right before applying it to the present case.

## (a) The applicable law

169. The Tribunal first observes that in all systems of law, whether domestic or international, there are concepts framed in order to avoid misuse of the law. Reference may be made in this respect to "good faith" ("bonae fidei"), "détournement de pouvoir" (misuse of power) or "abus de droit" (abuse of right).

170. The principle of good faith has been recognized by the International Court of Justice as "one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations"<sup>103</sup>. It has been recognized in the law of treaties<sup>104</sup> and has been referred to by a number of courts and tribunals including the Appellate Body of the World Trade Organisation<sup>105</sup> and ICSID tribunals<sup>106</sup>.

171. The concept of *détournement de pouvoir* (misuse of power) has also been relied upon in international law, in particular in the law of the sea<sup>107</sup>, the law of international organisations<sup>108</sup>, and in European Community law<sup>109</sup>.

172. The same is true of abuse of right. As Hersch Lauterpacht noted in his book entitled "Development of International Law by the International Court": "There is no right,

<sup>103</sup> *Nuclear Tests* - ICJ Report 1974 p. 265 ¶ 46 - p. 473 ¶ 49; *Armed action (Honduras v. Nicaragua)* - ICJ Report 1988 p. 105 ¶ 94.

<sup>104</sup> Vienna Convention on the Law of Treaty 23 May 1969, Articles 26 and 31 ¶ 1.

<sup>105</sup> WTO Appellate Body WT/DS/98/AB/R - 24 February 2000 - US Tax Treatment for foreign sales corporations ¶ 166- WT/DS/184/AB/R 24 July 2001.

<sup>106</sup> *Amco Asia Corporation v. Indonesia* - ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, (25 September 1983); *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction II, (14 April 1988), ¶ 63; *Inceysa v. Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, (2 August 2006), ¶ 230.

<sup>107</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, Article 187.

<sup>108</sup> See for instance Administrative Tribunal of the International Labour Organisation - Judgments N° 13 of 3 September 1954, N° 1129 of 3 July 1991 and N° 1392 of 1 February 1995.

<sup>109</sup> Article 263 ¶ 2 of the Treaty on European Union as revised in Lisbon. See for instance ECJ - Infield Hochhaus v. Commission - Aff. C 107/90 - Rep. 1992 p. 174 ¶ 14.

however well established, which could not, in some circumstances, be refused recognition on the ground that it has been abused"<sup>110</sup>.

173. It has thus long been recognized in arbitration that "abuse of authority"<sup>111</sup> or "abuse of administration"<sup>112</sup> could engage State responsibility. The Permanent Court of International Justice referred in two judgments to "abus de droit" in general. In the Upper Silesia case, the Court recognized the right of Germany to dispose of her [its] property in this district until the actual transfer of sovereignty has been made under the Versailles Treaty. However, it added that "a misuse of this right could endow an act of alienation with the character of a breach of the Treaty"<sup>113</sup>.

174. Some years later, in the Free Zones of Upper Savoy and District of Gex case, the Permanent Court recognized to France the right to impose "fiscal taxes within the zones as apart from customs duties at the frontier". However it added that "a reservation must be made as regard the case of abuses of a right, since it is certain that France must not evade the obligation to maintain the zone by creating a customs barrier under the guise of a control cordon"<sup>114</sup>.

175. More recently, the Appellate Body of the World Trade Organisation stated that "the principle of good faith, at once a general principle of law and general principle of international law, controls the exercise of rights by States. One application of this

<sup>110</sup> Sir Hersch Lauterpacht - *Development of International Law by the International Court* - London 1958 p. 164 - See also Oppenheim's *International Law* - Longman 9th Edition by Jennings and Watts Volume 1 § 124.

<sup>111</sup> Mixed Claims Commission France-Venezuela - Lalanne and Ledour Case - United Nations Reports of International Awards - Volume X p. 17 and 18, in which the arbitrator sanctioned an "abuse of authority" of the President of the Venezuelan State of Guayana.

<sup>112</sup> Tacna - Arica Question (Chile v. Peru) - 4th March 1925 - United Nations Reports of International Arbitral awards - Volume II p. 941 and 945. In that case the arbitrator considered whether there had been "abuse of administration" by Chile in the disputed area. It arrives to the conclusion that Chile had used its conscription "laws not so much for obtaining of recruits... but with the result, if not the purpose, of driving young Peruvians from the [disputed] provinces. So far as it has been done, the Arbitrator holds it to be an abuse of Chilean authority".

<sup>113</sup> Permanent Court of International Justice - Polish Upper Silesia - PCIJ - Report - Serie A - Judgment N°7 p. 30. The term "misuse of right" comes from the English version of the judgment. It corresponds to "abus de droit" or "manquement au principe de bonne foi" in the original French text.

<sup>114</sup> Permanent Court of International Justice - Free Zones of Upper Savoy and District of Gex - 7 June 1932 - Serie A.B N°46.

general principle, widely known as the doctrine of "abus de droit", prohibits the abusing exercise of a State's right"<sup>115</sup>. The European Court of Justice in many cases also referred to such "abus de droit"<sup>116</sup>.

176. For their part, ICSID tribunals had a number of occasions to consider whether or not the conduct of an investor does constitute "an abuse of the convention purposes"<sup>117</sup>, "an abuse of legal personality"<sup>118</sup>, an "abuse of corporate form"<sup>119</sup> or an "abuse of the system of international investment protection"<sup>120</sup>.

177. Under general international law as well as under ICSID case law, abuse of right is to be determined in each case, taking into account all the circumstances of the case.

178. In *Autopista v. Venezuela*, the investor, a Mexican company, ICA, restructured its investment in a Venezuelan company, Aucoven in transferring 75 % of its shares to a US corporation. It was alleged by Venezuela that this restructuring had been an abuse of the corporate form in order to gain access to ICSID jurisdiction. The Tribunal recalled that the transferee entity had been incorporated eight years before the parties entered into the concession agreement. It noted that the transferee was not just a shell corporation. It added that the Claimant had directly requested and had obtained in due time Venezuela's approval of the transfer of shares. It finally observed that the transfer was justified by the difficulties for Mexican companies to obtain financing for projects

<sup>115</sup> WTO Appellate Body - Decision WT/DS58/AB/R of 12 December 1998 - US Import prohibition of certain shrimp and shrimp products § 158.

<sup>116</sup> See Triantafyllou, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cahiers de droit européen* n° 5.6. 2002 p. 611-663.

<sup>117</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, (27 September 2001), 16 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 5 (2001) § 122.

<sup>118</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine* - ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, (29 April 2006) - 20 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 205 (2005) § 56.

<sup>119</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, (21 October 2005) - 20 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal - 450 (2005).

<sup>120</sup> *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID case No. ARB/06/5, Award - § 113.



because of the peso crisis. On those bases it considered that the restructuring did not constitute "an abuse of the Convention purposes"<sup>121</sup>.

179. In *Tokios Tokelés v. Ukraine*, the Claimant company was organised under Lithuanian law and was owned and controlled at 99 % by Ukrainian nationals. The tribunal noted that this enterprise was formed before the BIT between Ukraine and Lithuania entered into force. It added that there was "no evidence in the record that the Claimant used its formal legal personality for any improper use" such as fraud or malfeasance. It concluded that there had been no abuse of legal personality<sup>122</sup>. However, the President of the Tribunal dissented in a strongly motivated opinion noting that the investment had been made "in Ukraine by Ukrainian citizens with Ukrainian capital" and as such could not benefit from the protection of the ICSID mechanism<sup>123</sup>.

180. In *Aguas del Tunari v. Bolivia*, the Claimant, a Bolivian company, had entered into a water concession contract with the Bolivian authorities. Bechtel, a US corporation, owned 55 % of Aguas del Tunari. Bechtel then joined its water management projects with Edison and its shares in Aguas del Tunari were transferred to a Dutch company. The Tribunal was seized on the basis of the Dutch-Bolivian BIT. Bolivia argued that the Dutch entity was a mere shell created solely for the purpose of gaining access to ICSID and that therefore, the tribunal had no jurisdiction under the BIT.

181. In a divided opinion, the Tribunal held that the Dutch entity was "not simply a corporation shell established to obtain ICSID jurisdiction over the case"<sup>124</sup>. It added that "it is not uncommon in practice and - absent a particular limitation - not illegal to locate one's operation in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal

<sup>121</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, (27 September 2001), § 123-126, 16 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 5 (2001).

<sup>122</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, (29 April 2004), § 53 to 56, 20 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 205 (2005).

<sup>123</sup> *Ibidem* - Dissenting Opinion § 23 and 25.

<sup>124</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, (21 October 2005), § 32, 20 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal - 450 (2005).

environment in terms, for example, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT"<sup>125</sup>. It concluded that it "did not find a sufficient basis in the present record to support the allegation of abuse of corporate form or fraud"<sup>126</sup>.

182. The Tribunal arrived at a different conclusion in *Phoenix v. Czech Republic*. In that case, the Claimant, Phoenix, was controlled by a former Czech national who incorporated Phoenix under Israeli law and caused it to acquire an interest in two Czech companies owned by members of his family. Before the acquisition, the Czech companies had already been involved in lawsuits in the Czech Republic and in disputes with the Czech authorities. Approximately two months after the acquisition, Phoenix notified the Czech Republic of an investment dispute and subsequently commenced ICSID arbitration.

183. The Tribunal examined successively the timing of the investment, the initial request to ICSID, the timing of the claim, the substance of the transaction, and the true nature of the operation. It noted that "all the damages claimed by Phoenix had already occurred and were inflicted on the two Czech companies, when the alleged investment was made". It observed that the initial request "was based on a claim by the two Czech companies, which were supposedly assigned to Phoenix". It added that the timing of the claim showed that "what was really at stake were indeed the pre-investment violations and damages". The "whole operation was not an economic investment, based on the actual or future value of the companies, but indeed, simply a rearrangement of assets within a family, to gain access to ICSID jurisdiction. Moreover, "no activity was either launched or tried after the alleged investment was made". "All the elements analysed lead to the same conclusion of an abuse of right". As a consequence the Tribunal concluded that it lacked jurisdiction on the Claimant's request<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> *Ibidem* § 330 (d).

<sup>126</sup> *Ibidem* § 331.

<sup>127</sup> *Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, (15 April 2009), - § 136 to 145.

184. Those decisions and awards use different criteria to determine in each case whether or not there has been abuse of right. But in all cases, as stated by Professor Prosper Weil in his dissenting opinion in *Tokios Tokelés*, the question is to give "effect to the object and purpose of the ICSID Convention" and to preserve "its integrity"<sup>128</sup>.

185. In the present case, the Tribunal has to act accordingly and to consider whether or not the restructuring of Mobil's investments in Venezuela in 2005-2006 is to be deemed as an abuse of right and as a consequence whether or not it has jurisdiction under the BIT.

#### (b) Application of the Law to the Case

186. Initially, Mobil investments in Venezuela were structured as follows:

- (i) Mobil (Delaware) owned 100% of Mobil CN Holding (Delaware), which in turn owned 100 % of Mobil CN Holding (Bahamas), which has a 41 2/3 % participation in the Cerro Negro Association.
- (ii) Mobil (Delaware) also owned 100 % of Mobil Venezolana Holding (Delaware), which in turn owned 100 % of Mobil Venezolana (Bahamas), which had a 50 % participation in the La Ceiba Association.

187. On 27 October 2005, Claimants created a new entity under the law of the Netherlands, called Venezuela Holdings. On 21 February 2006, this entity acquired all the shares of Mobil CN Holding (Delaware). Then on 23 November 2006, it also acquired all the shares of Mobil Venezolana Holding (Delaware). The Dutch holding company was thus inserted into the corporate chain for the Cerro Negro and La Ceiba projects.

188. Respondent submits that this restructuring occurred long after the investments. It adds that it did not consent to it. It contends that "the disputes were not only foreseeable, but they had actually been identified and notified to Respondent before the Dutch company was even created"<sup>129</sup>. Thus, according to Venezuela, the only purpose of this restructuring was to gain access to ICSID for existing disputes. This was "an abusive manipulation of the system of international protection under the ICSID Convention and

<sup>128</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine* – Dissenting Opinion § 25.

<sup>129</sup> Rejoinder p. 83.

the BITs"<sup>130</sup>. According to Venezuela it is therefore the duty of the Tribunal not to protect such manipulation and to decline its jurisdiction.

189. Claimants contest each of those points. They explain that they were "surprised" by Venezuela's "unilateral imposition of a 16 2/3 % royalty rate in October 2004", which in their opinion was contrary to the existing agreements. They say that Mobil promptly "undertook a review of the extent of the legal protection for its investments in Venezuela". Upon doing so, it concluded in early 2005 that it should restructure its Venezuelan investments through a holding company incorporated in the Netherlands, which had a bilateral investment treaty with Venezuela"<sup>131</sup>. This choice was considered as "logical", taking into account the double taxation agreements concluded by the Netherlands and the activities that Exxon Mobil already had in that country.

190. It thus appears to the Tribunal that the main, if not the sole purpose of the restructuring was to protect Mobil investments from adverse Venezuelan measures in getting access to ICSID arbitration through the Dutch-Venezuela BIT.

191. Such restructuring could be "legitimate corporate planning" as contended by the Claimants or an "abuse of right" as submitted by the Respondents. It depends upon the circumstances in which it happened.

192. In this respect, the Tribunal first observes that, contrary to the situation in *Autopista v. Venezuela*, there was no contractual obligation in the present case for Mobil or its subsidiaries to submit the proposed restructuring to the approval of the Venezuelan authorities. Yet, Mobil did not hide this operation. In fact, Mobil Cerro Negro notified the Respondent of Venezuela Holdings' ownership of the Cerro Negro investment on 16 October 2006. On 7 March 2007, Venezuela Holdings also informed Venezuela of the acquisition of the La Ceiba investments. The Respondent did not raise any objection at the time.

<sup>130</sup> Rejoinder p. 147.

<sup>131</sup> Counter Memorial § 195-197.

193. With respect to the timing of the investments, the Tribunal observes that, as stated by the Respondent, "the main investment at issue is the investment in the Cerro Negro project"<sup>132</sup>. The bulk of this investment, i.e. 1,915 billion US dollars, was made from 1999 to 2002. "By 2000, sales from early production of extra-heavy crude oil blended with condensate had commenced. By 2001 the upgrade had been completed and by 2002 the project was already generating more than enough income to cover all its expenses and cash needs"<sup>133</sup>.
194. As a consequence from 2002 to 2005, the annual investment was far smaller than before and varied from a minimum of 45 million US dollars in 2003 to a maximum of 175 million US dollars in 2005.
195. In the last period, however, a gas facility modification and new wells (Pad 8) were constructed. The wells were completed in late 2005<sup>134</sup> and the gas facility became operational in December 2006<sup>135</sup>. The investments in 2006 amounted to 89 million US dollars.
196. The Tribunal does not have at its disposal such precise figures in the case of the La Ceiba project. However the Claimants submit that in "December 2005, Mobil Venezolana, along with its partner, Petro-Canada La Ceiba GmbH, committed itself to invest roughly US \$ 1.3 billion in the La Ceiba project. Mobil re-confirmed its intention to proceed with that investment in January 2007". This is not contested by the Respondent.
197. Moreover, it is not disputed that the Claimants contributed their part to those investments.

<sup>132</sup> Reply § 119.

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> Reply § 124.

<sup>135</sup> Rejoinder – footnote 183.

198. It thus appears that in 2005-2006, the two projects had developed normally through the required investments. Therefore the investments made in 2006 in Cerro Negro were far lower than those made each year from 1999 to 2001 (although higher than in 2002 and 2003). As stated by the Respondent, they were financed, as through the funds "generated by the project itself rather than brought into Venezuela from or through the Netherlands"<sup>136</sup>. This was so because the project was already "up and running"<sup>137</sup>. The situation in the present case is thus quite different from the situation which the arbitral tribunal had to consider in the Phoenix case. The limited amount of investment made in particular in 2006 and the fact that it was financed without external funding was in harmony with the project at the time of the restructuring as it then stood. No adverse inference can be drawn from that situation. It should also be added that the Treaty contains no requirement that the origin of the capital be foreign. Nor does general international law provide a basis for imposing such a requirement<sup>138</sup>.
199. The Tribunal will now turn from the timing of the investment to the timing of the dispute. To that end, it will recall what complaints had already been lodged by the Claimants at the time of the restructuring.
200. In two letters dated 2 February 2005, and 18 May 2005, drafted in comparable terms, the Claimants first complained of the increase from 1 % to 16 2/3 % of the royalties decided by Venezuela both for the Cerro Negro and the La Ceiba projects. They requested the Government to designate representatives to meet with them in order to discuss an amicable settlement. They added that "as you well know, in accordance with Article 22 of the Investment Law, the Bolivarian Republic of Venezuela has consented to submit to arbitration under the ICSID Convention, investment disputes between the Bolivarian Republic of Venezuela and foreign investors". They went on, consenting "to

<sup>136</sup> Reply § 124.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> For comparable cases, see *Oliguie v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, (26 July 2001), IIC 97 (2001) at 13 n 4; *Sulphur S.p.A. v. The People Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, (21 March 2007), IIC 280 (2007) at 100.

ICSID's jurisdiction for arbitration of the investment dispute, and of any further investment dispute with the Bolivarian Republic of Venezuela, so that, should arbitration become necessary, it can be carried out under the ICSID Convention". They finally concluded in requesting "an early meeting to commence consultation" in order "to explore an amicable solution of the matter"<sup>138</sup>.

201. Then, on 20 June 2005, Mobil Cerro Negro Holding, Mobil Cerro Negro and Operadora Cerro Negro informed the Venezuelan authorities that the recent ministerial decision to increase the royalties to 30 % "has broadened the investment dispute" previously brought to their attention. They stated that the introduction of a bill that would increase income tax rates from 34 % to 50 % would further broaden that dispute. They contended those decisions were "in breach of the obligations" of Venezuela and requested again consultations "in an effort to reach an amicable resolution of this matter". They recalled Article 22 of the Investment Law and the position they took on this matter in their previous letters. They added that "[o]ut of an abundance of caution, each of the Mobil Parties hereby confirms its consent to ICSID jurisdiction over the broadened dispute described above and any other investment disputes with the Bolivarian Republic of Venezuela existing at the present time or that may arise in the future, including without limitation any dispute arising out of any expropriation or confiscation of all or part of the investment" of the Mobil Parties.

202. It results from those letters that in June 2005 there were already pending disputes between the Parties relating to the increase of royalties and income taxes decided by Venezuela. Claimants had even accepted to submit those disputes to ICSID arbitration under Article 22 of the Venezuelan Investment Law. "Out of an abundance of caution", they had further indicated that on the same basis they were also consenting to arbitration for any future dispute, including future dispute arising from expropriation or confiscation.

<sup>138</sup> Quotations from the letter of 18 May 2005.

203. As recalled above, the restructuring of Mobil's investments through the Dutch entity occurred from October 2005 to November 2006. At that time, there were already pending disputes relating to royalties and income tax. However, nationalisation measures were taken by the Venezuelan authorities only from January 2007 on. Thus, the dispute over such nationalisation measures can only be deemed to have arisen after the measures were taken.

204. As stated by the Claimants, the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.

205. With respect to pre-existing disputes, the situation is different and the Tribunal considers that to restructure investments only in order to gain jurisdiction under a BIT for such disputes would constitute, to take the words of the Phoenix Tribunal, "an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs"<sup>140</sup>. The Claimants seem indeed to be conscious of this, when they state that they "invoke ICSID jurisdiction on the basis of the consent expressed in the Treaty only for disputes arising under the Treaty for action that the Respondent took or continued to take after the restructuring was completed"<sup>141</sup>.

206. The Tribunal thus:

- a. has jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT with respect to any dispute born after 21 February 2006 for the Cerro Negro project and after 23 November 2006 for the La Ceiba project, and in particular with respect to the pending dispute relating to the nationalisation of the investments;

<sup>140</sup> *Phoenix v. Czech Republic* - § 344.

<sup>141</sup> Reply §4.



- b. has no jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT with respect to any dispute born before those dates.

207. Finally, the Tribunal notes that Mobil Corporation has only raised claims on the basis of Article 22 of the Investment Law and not on the basis of the BIT. In § 140 above, the Tribunal has concluded that Article 22 of the Investment Law does not provide a basis for jurisdiction in the present case. As a consequence, the Tribunal has no jurisdiction over the claims of Mobil Corporation, which will thus not be a Party to the continuation of these proceedings.

#### C – COSTS OF THE PROCEEDINGS

208. Lastly, the Tribunal makes no order at this stage regarding the costs of the proceeding and reserves it to a later stage of the arbitration.

#### IV. DISPOSITIVE PART OF THE DECISION

209. For the foregoing reasons;

The Tribunal unanimously decides:

- (a) that it has jurisdiction over the claims presented by Venezuela Holdings (Netherlands), Mobil CN Holding and Mobil Venezolana Holdings (Delaware), Mobil CN and Mobil Venezolana (Bahamas) as far as:

(i) they are based on alleged breaches of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments concluded on 22 October 1991 between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela;

(ii) they relate to disputes born after 21 February 2006 for the Cerro Negro Project and after 23 November 2006 for the La Ceiba Project and in particular as far as they relate to the dispute concerning the nationalization measures taken by the Republic of Venezuela;

- (b) that it has no jurisdiction under Article 22 of the Venezuelan Decree with rank and force of law No. 356 on the protection and promotion of investments of 3 October 1999;

- (c) to make the necessary order for the continuation of the procedure pursuant to Arbitration Rule 41 (4);

- (d) to reserve all questions concerning the costs and expenses of the Tribunal and the costs of the Parties for subsequent determination;

[ signed ]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler  
Arbitrator

[ signed ]

Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri  
Arbitrator

[ signed ]

Judge Gilbert Guillaume  
President

---

6.

Traducción de los puntos más importantes del  
Laudo Ciadi en el caso  
*Mobil versus Venezuela*

(Caso, ARB/07/27 *Mobil versus Venezuela*)  
TRADUCCIÓN LIBRE

---

### "III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

62. El Artículo 25.1 de la Convención del Ciadi establece que "La jurisdicción del Centro se extenderá a cualquier disputa legal que se produzca directamente de una inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, siempre que las partes de la disputa hayan consentido por escrito su sometimiento al Centro".

63. De acuerdo a lo previsto en el artículo 25, el consentimiento de ambas partes en disputa es por lo tanto una condición indispensable para otorgar jurisdicción. El sólo hecho que el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversionista sean partes de la Convención no es suficiente.

64. El consentimiento puede darse a través de un acuerdo directo entre el Estado receptor y el inversor. De acuerdo a la doctrina de los paneles Ciadi, el consentimiento puede resultar de una oferta unilateral hecha por el Estado receptor, expresada en su legislación interna o en un Tratado o, la cual es subsiguientemente aceptada por el inversionista.

65. En el presente caso, el Demandante argumenta que Venezuela consintió la jurisdicción del Centro a través de:

- a. El artículo 22 del Decreto Venezolano con rango y fuerza de ley N° 356 de Promoción y Protección de Inversiones del 3 de octubre de 1999 ("Ley de Inversiones").

b. El Convenio de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones entre el Reino de Holanda y la República de Venezuela, suscrito el 22 de Octubre de 1991 ("APRI" o "El Tratado").

66. El demandado (Venezuela) objetó a ambos argumentos empleados para justificar la jurisdicción del Centro.

(...)

69. Las partes discrepan sobre la interpretación que se le debe otorgar al artículo 22. El demandante argumenta que Venezuela ha consentido la jurisdicción del Ciadi de acuerdo a ese artículo. Venezuela argumenta que ese texto legal no establece ese consentimiento.

**70. En orden a clarificar el significado de ese artículo 22, el Tribunal primero determinará el estándar de interpretación que debe usarse y luego aplicar ese estándar al mencionado artículo 22.**

71. En su Memorial (escrito de argumentos), Venezuela argumentó que "de acuerdo al Derecho Venezolano, el Artículo 22 no establece el requisito de un consentimiento claro e indubitado para someter en arbitraje la disputa". En esa perspectiva, la representación de Venezuela se refirió a los aplicables "Principios legales de Venezuela" y a una decisión dictada por la Sala Constitucional de la Suprema (sic) Corte de Justicia de Venezuela del 17 de octubre de 2008, que interpretó al artículo 22.

72. En su réplica, Venezuela agregó que "no había dicho que el problema del consentimiento en este procedimiento estaba exclusivamente gobernado por el Derecho Venezolano, y que no había dicho que la reciente decisión del Tribunal Supremo de Justicia era suficiente para concluir este caso". Ella sólo dijo (la representación de Venezuela) que "los Principios del Régimen Jurídico Venezolano eran altamente relevantes y debían ser tomado en consideración para decidir si la Ley de Inversiones de Venezuela contenía o no un consentimiento para someter la disputa en arbitraje".

73. (...) El demandante agregó que un panel Ciadi es juez de su propia competencia, y que a consecuencia de ello, la decisión del Tribunal Supremo de Venezuela no era vinculante para el panel arbitral.

74. El Tribunal en primer lugar acota que de acuerdo al artículo 41.1 de la Convención Ciadi, es "juez de su propia competencia". Ello es así independientemente de los fundamentos de la competencia, incluyendo una oferta unilateral hecha por la legislación de un Estado huésped (receptor) y subsiguientemente aceptada por un inversionista. Esto ha sido reconocido por los Paneles Ciadi en numerosos casos. (Nota 44; Véase por ej. *Southern*

*Pacific Properties (Middle East) LTD. versus Arab Republic of Egypt*, caso Ciadi N° ARB/84/3., segunda decisión sobre jurisdicción (14 de abril de 1988)

75. (...) la interpretación ya dada al artículo 22 por las autoridades venezolanas o por las cortes venezolanas no puede controlar la decisión de este panel arbitral sobre su competencia.

76. Otro problema es si el artículo 22 debe interpretarse de acuerdo a las normas de interpretación de Venezuela o de acuerdo a las reglas de interpretación del Derecho Internacional. **Los paneles (de árbitros) del Ciadi no han sido pacíficos y coherentes en este particular.**

77. En varios casos, los paneles Ciadi han tenido que aplicar legislaciones internas lo suficientemente claras, de tal forma que ni las partes, ni el panel sintieron la necesidad de tomar posición expresa sobre cuáles normas de interpretación debían usarse.

- i. En *Tradex versus Albania* el panel arbitral notó que la Ley de Inversiones de Albania establecía en forma indiscutible que "La República de Albania expresamente presta su consentimiento para someterse a la jurisdicción del Ciadi", y Albania solo objetó la jurisdicción del panel basado en razones de aplicación temporal (*ratione temporis*). En su decisión, se desechó la objeción de falta de jurisdicción a través de un análisis del texto aplicable, sin hacer referencia alguna a ningún principio general de interpretación.
- ii. En *Inceysa versus El Salvador*, cuatro leyes Salvadoreñas fueron invocadas por el demandante. En tres casos, el panel observó que era "obvio" que esas leyes no conferían jurisdicción al Ciadi. **Allí se especificó dos veces que las leyes invocadas no cumplían con los requisitos del artículo 25 de la Convención del Ciadi.** En contraste, allí se señaló en **cinco líneas** que la cuarta ley "claramente indicaba que el Estado Salvadoreño... había hecho una oferta unilateral a los inversionistas extranjeros", la cual, sin embargo, no cubría la inversión en análisis.
- iii. En *Rumeli Telecom versus Kazakhstan*, el panel arbitral decidió que no tenía jurisdicción de conformidad con lo previsto en el Tratado de Protección de Inversiones entre Turkyia y Kazakhstan. Se agregó en **dos líneas** que además tenía jurisdicción de acuerdo la ley de inversiones extranjeras de Kazakhstan. Sin embargo, debido a que esa Ley había sido derogada, existía la discusión respecto a la jurisdicción *ratione temporis*. En ese particular, el panel arbitral desechó la objeción



presentada por el Estado (demandado) basado tanto en las disposiciones transitorias de la Ley de Kazakstan y en el hecho que "ha sido bien establecido en el Derecho Internacional que un Estado no puede desconocer los derechos adquiridos por un inversionista extranjero, mediante la derogatoria de una ley interna que había otorgado esos derechos".

- iv. En *Biwater Gauff versus Tanzania*, el panel arbitral, luego de haber citado las disposiciones relevantes de la Ley de Inversiones de Tanzania, observó que, con vista a tales disposiciones, su jurisdicción confrontaba una "inmediata" e "inmensurable dificultad".

(...)

82. Luego de una revisión de la doctrina de los paneles Ciadi, se debe resumir que:

- i. Al menos en cuatro casos, la cuestión no ha sido claramente abordada y resuelta.
- ii. En *SPP versus Egypt*, el tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación legal", tomando en cuenta a ambos, tanto "reglas relevantes de Tratados relativos a interpretación y principios de Derecho Internacional aplicables a declaraciones unilaterales".
- iii. En *CSOB versus República de Eslovaquia*, el panel arbitral optó por Derecho Internacional sin ninguna reserva.
- iv. En *Zhinvali versus Georgia*, el panel arbitral optó por la ley interna "sin contradecir al Derecho Internacional".

83. Las dudas de los paneles Ciadi sobre este punto se deben al hecho que, en esos casos Ciadi, el consentimiento del Estado no estaba contenido en un Tratado para ser interpretado de acuerdo a la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados del 23 de mayo de 1969, sino por un acto unilateral de un Estado soberano, generalmente en la forma de una legislación nacional.

84. La determinación del estándar de interpretación aplicable es particularmente difícil cuando la oferta está contenida en una legislación interna o en otro acto unilateral de un Estado, donde no tiene aplicabilidad una Convención o Tratado relativo a la Interpretación.

85. Este panel arbitral comparte ese análisis (el de la Corte Internacional de Justicia de que "los instrumentos internacionales deben ser interpretados de acuerdo al Derecho Internacional"), la cual está en sintonía con las decisio-

nes Ciadi tomadas en los casos *CSOB versus República de Eslovaquia* y más recientemente en el caso *Zhinvali versus Georgia*. La legislación y más generalmente los actos unilaterales por los cuales el estado ofrece su consentimiento a la jurisdicción del Ciadi debe considerarse como una oferta planteada a los inversionistas extranjeros de acuerdo a la Convención del Ciadi. Esos actos unilaterales deben ser interpretados de acuerdo a la Convención Ciadi en sí misma y a las reglas del Derecho Internacional que regulan las declaraciones unilaterales de los Estados.

86. La Convención Ciadi requiere en su artículo 25 que las partes en disputa "hayan consentido por escrito" la sumisión de la misma al Centro. De acuerdo al artículo 25, el consentimiento por escrito es indispensable, pero el texto no ofrece una indicación más allá sobre la manera o el tiempo respecto a ese consentimiento por escrito o respecto a la vía por la cual aquel deber interpretarse.

87. Las normas que regulan los actos unilaterales de los Estados en el Derecho Internacional nunca han sido codificadas y continúan siendo controversiales en un cierto número de puntos. Más aún, como ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional en su reporte de 2006 a la Asamblea General de las Naciones Unidas "el concepto del acto unilateral no es uniforme". De acuerdo a la Comisión una distinción básica debe delinarse en ese campo, entre: (i) actos formulados en el ámbito y de acuerdo a un Tratado y (ii) Otros actos formulados por los Estados en el ejercicio de su libertad de actuar en el plano internacional.

88. Ambos actos pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Sin embargo, cuando se consideran esos actos fuera del ámbito y fundamentos de un Tratado, es frecuentemente difícil determinar si esos actos implícitamente establecen esas obligaciones. Confrontando situaciones de esta clase en el caso *Preah Vihear* de 1961 y en los casos de los Ensayos Nucleares en 1974, la Corte Internacional de Justicia decidió que "Cuando los Estados realizan declaraciones por las cuales su libertad de acción se restringe, una interpretación restrictiva debe aplicarse". (Véase acá el principio "in dubio mitius" aplicado por la Sala Constitucional).

(...)

95. Sobre la base de esas reglas del Derecho Internacional que regulan la interpretación de los actos unilaterales formulados dentro del ámbito y fundamentos de un Tratado ("texto de la norma" e "intención del Estado") es que este panel arbitral procederá a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela.

96. El panel arbitral debe agregar que el hecho que el Derecho Interno y el Derecho Internacional de Tratados no controlan o regulan el caso, no significa que ellos deben completamente ignorarse; (i) Como se estableció en los párrafos precedentes, cuando un tribunal interpreta actos unilaterales, ellos deben haber tomando en consideración la intención del Estado al momento de haber formulado a tales actos. En este particular la ley interna puede cumplir un rol altamente útil.

Acotación relevante en este punto: El Laudo Ciadi desarrolla desde el punto 97. al 111., una interpretación del propio texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones Venezolana (*infra*) y luego del punto 120.- al 141. Desarrolla la "Intención de Venezuela" como Estado, asistiéndose, exclusivamente —y como es lógico— de fuentes venezolanas (i.e. el proceso de formación y redacción de la ley: la Constitución de Venezuela; la Ley de Arbitraje de Venezuela; y de funcionarios y representantes de Venezuela que participaron en su redacción).

(...)

101. El panel arbitral observa que el Artículo 22 consiste en una singular larga oración de cierta complejidad. Como lo afirmó el Profesor Christoph Schreuer in su Comentario a la Convención Ciadi, este artículo "es redactado en términos ambiguos y es próximo a dar dificultades de interpretación, principalmente respecto a si contiene o no una expresión de consentimiento de Venezuela a un arbitraje Ciadi o no". (Autor ampliamente citado por la sentencia 1541/2008 para justificar su conclusión).

(...)

138. (...) De acuerdo a todo lo anterior, el panel arbitral concluye que de la historia legislativa del Artículo 22 no establece que, al momento de dictarse la Ley de Inversiones, Venezuela haya intentado dar su consentimiento general de someterse a un arbitraje Ciadi.

139. El panel arbitral observa que, para el momento de la aprobación de la Ley de Inversiones, Venezuela ya había suscrito más de 15 APRI's o BIT's (Tratados de Inversiones), y en ninguno de ellos había expresado "su incondicional consentimiento para someter las disputas" al arbitraje Ciadi o que sus disputas con inversionistas extranjeros "serían sometidas al Arbitraje Ciadi a solicitud de los nacionales" (del otro país), o tampoco usado a ambas frases. Palabras similares fueron usadas en algunas leyes nacionales y en el modelo de cláusula del Ciadi. Si había sido la intención de Venezuela ofrecer su consentimiento por adelantado al arbitraje

Ciadi en general, habría sido fácil para los redactores del Artículo 22, haber expresado esa intención en forma clara, mediante el uso de cualquiera de esas formulas ampliamente conocidas.

140. Por lo tanto, el Panel arbitral arriba a la conclusión que esa pretendida intención no ha sido establecida. Y como consecuencia, no puede concluirse del texto ambiguo del artículo 22 que Venezuela, al momento de dictar la Ley de Inversiones de 1999, haya consentido por adelantado al arbitraje Ciadi para todas las disputas cubiertas por la Convención Ciadi.

ESTE ARTÍCULO NO OFRECE ELEMENTOS PARA OTORGAR JURISDICCIÓN A ESTE PANEL ARBITRAL.

## DISPOSITIVO FINAL DEL LAUDO CIADI

### IV. PARTE DISPOSITIVA DE LA DECISIÓN

209. Por las razones expuestas;

El Tribunal decide en forma unánime:

- Que tiene jurisdicción sobre la reclamación presentada por Venezuela Holdings (Holanda), Mobil CN Holding y Mobil Venezolana Holdings (Delaware), Mobil CN y Mobil Venezolana (Bahamas), y así respecto a: (i) las reclamaciones basadas en incumplimiento del Tratado de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones suscrito entre el Reino de Holanda y la República de Venezuela, suscrito el 22 de octubre de 1991. (ii) sólo respecto a disputas nacidas después del 21 de febrero de 2006 para el Proyecto Cerro Negro y después del 23 de noviembre de 2006 para el Proyecto La Ceiba y en particular, y exclusivamente en la medida que estén vinculadas a las medidas de nacionalización tomadas por la República (sic) de Venezuela;
- Que no tiene jurisdicción de acuerdo al artículo 22 del Decreto con rango y fuerza de Ley N° 356 para la Protección y Promoción de Inversiones del 3 de Octubre de 1999.
- Tomar las ordenes necesarias para la continuación del procedimiento de acuerdo a lo previsto en las Reglas de Arbitraje (Ciadi) 41.4
- Se reserva todas las cuestiones relativas a los costos y gastos del panel arbitral y a los costos de las partes a una determinación subsiguiente.

(Firmado)

Juez Gilbert Guillaume

Presidente.

(Francés)

(Firmado)

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

(Suiza)

(Firmado)

Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri

(Egipto)"

(Negrillas y subrayado nuestros).

7.

## Laudo Ciadi de Jurisdicción *Cemex versus Venezuela*

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES  
WASHINGTON, DC

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

CEMEX CARACAS INVESTMENTS B.V. Y  
CEMEX CARACAS II INVESTMENTS B.V.  
(DEMANDANTES)

Y

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
(DEMANDADA)

(CASO CIADI NO. ARB/08/15)

---

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

---

*Miembros del Tribunal*

Juez Gilbert Guillaume, *Presidente*  
Profesor Georges Abi-Saab, *Arbitro*  
Sr. Robert H. von Mehren, *Arbitro*

*Secretaría del Tribunal*

Sra. Janet Whittaker

*En representación de los Demandantes*

Sr. Barry H. Garfunkel,  
Sr. Marco E. Schnabl,  
Sr. Timothy G. Nelson y  
Sra. Julie Bidard  
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP  
Four Times Square  
Nueva York, NY 10036  
Estados Unidos de América

*En representación de la Demandada*

Sr. George Kahale, III,  
Sr. Mark H. O'Donoghue,  
Sr. Hermann Ferré,  
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP  
101 Park Avenue  
Nueva York, NY 10178  
Estados Unidos de América  
y  
Sra. Gabriela Álvarez-Ávila  
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C.  
Torre Chapultepec  
Ruben Darío 281, Piso 9  
Col. Bosque de Chapultepec  
11580 México, D. F., México

Fecha de la decisión: 30 de diciembre de 2010



## I. PROCEDIMIENTO

1. El 16 de octubre de 2008 Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V., compañías constituidas en los Países Bajos, presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o "el Centro") una Solicitud de Arbitraje contra la República Bolivariana de Venezuela. El 30 de octubre de 2008 el Centro registró la Solicitud.
2. Las Demandantes están representadas en este procedimiento por el estudio jurídico Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, con oficinas en la ciudad de Nueva York. Desde el 29 de enero de 2009 la Demandada ha estado representada en este procedimiento por el estudio jurídico Curtis, Maffet-Prevost, Colt & Mosle LLP, con oficinas en la ciudad de Nueva York y en la ciudad de México.
3. No habiendo llegado las partes a un acuerdo sobre el método de constitución del Tribunal, y transcurridos más de 60 días desde el registro de la Solicitud de Arbitraje, mediante carta del 31 de diciembre de 2008 las Demandantes invocaron el artículo 37(2)(b) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI).
4. En la misma carta las Demandantes solicitaron el nombramiento como árbitro del Sr. Robert B. von Mehren, nacional de los Estados Unidos de América, cuya designación figuraba inicialmente en la Solicitud de Arbitraje.
5. Por carta del 20 de febrero de 2009, la Demandada designó como árbitro al profesor Georges Abi-Saab, nacional de Egipto.
6. No habiéndose constituido el Tribunal dentro de los 90 días siguientes al registro de la Solicitud de Arbitraje, por carta del 21 de mayo de 2009 las Demandantes solicitaron que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI efectuara la designación del tercer árbitro, quien presidiría el Tribunal, según lo previsto en el artículo 38 del Convenio del CIADI y en la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje). El 19 de junio de 2009 el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó al juez Gilbert Guillaume, nacional de Francia, como Presidente del Tribunal.

7. Habiendo aceptado sus nombramientos todos los árbitros, el Tribunal quedó constituido el 6 de julio de 2009. Se designó como Secretaria del Tribunal a la Sra. Karia Yannaca-Small, Consejera Jurídica Superior, CIADI.
8. El 20 de julio de 2009, tras consultar con las partes y con el Centro, el Tribunal fijó el 16 de noviembre de 2009 como fecha para la primera sesión, que habría de tener lugar en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París. En esa misma fecha se invitó a las partes a conferenciar y a informar al Tribunal, a más tardar el 16 de octubre de 2009, sobre cualquier punto de la agenda provisional de la sesión sobre el cual no hubieran logrado llegar a un acuerdo. También se invitó a las partes a informar al Tribunal acerca de cualquier otro tema que desearan incluir en la agenda.
9. El 1 de septiembre de 2009 las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales. Tras un intercambio de comunicaciones entre las partes, el Tribunal, mediante carta de 30 de septiembre de 2009 informó, por conducto del Centro, a las partes que el Tribunal escucharía las respectivas posiciones de las partes sobre la solicitud de medidas provisionales durante la primera sesión. El 26 de octubre de 2009 la Demandada presentó una réplica a la solicitud de medidas provisionales efectuada por las Demandantes.
10. El 26 de octubre de 2009 la Demandada propuso la recusación del Sr. von Mehren. El 2 de noviembre de 2009 las Demandantes formularon observaciones a dicha propuesta.
11. El 6 de noviembre de 2009 el Presidente Guillaume y el Profesor Abi-Saab, de conformidad con el artículo 58 del Convenio del CIADI, rechazaron la propuesta de recusación del Sr. von Mehren formulada por la Demandada.

La primera sesión del Tribunal y la audiencia sobre las medidas provisionales tuvieron lugar el 16 de noviembre de 2009 en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París. Estuvieron presentes en la sesión:

Miembros del Tribunal

Juez Gilbert Guillaume, *Presidente*  
Sr. Robert B. von Mehren, *Árbitro*  
Profesor Georges Abi-Saab, *Árbitro*

Secretariado del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

En representación de las Demandantes

Sr. Barry H. Garfinkel, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sr. Marco E. Schnabl, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sr. Timothy G. Nelson, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sra. Julie Bédard, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*

En representación de la Demandada

Sr. Mark H. O'Donoghue, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sra. Gabriela Álvarez Ávila, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sr. Hermann Ferré, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sr. Tulio Cusman, *Gotti & Co., Abogados*  
 Dra. Hildegard Rondón de Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*  
 Dr. Armando Giraud, *República Bolivariana de Venezuela*  
 Dra. Mariel Pérez, *República Bolivariana de Venezuela*  
 Dra. Beatrice Sansó de Ramírez, *República Bolivariana de Venezuela*

12. El 22 de diciembre de 2009 las Demandantes remitieron al Tribunal una comunicación relativa a su solicitud de medidas provisionales. El 5 de enero de 2010 la Demandada presentó observaciones a esa carta. El 15 de enero de 2010 las Demandantes remitieron otra carta al Tribunal.

13. El 3 marzo de 2010 el Tribunal dictó una decisión sobre medidas provisionales, rechazando la solicitud de las mismas formulada por las Demandantes, y reservándose para una etapa ulterior del arbitraje la decisión sobre las costas del procedimiento relativas a la solicitud de medidas provisionales.

14. El Memorial de excepciones a la jurisdicción de la Demandada fue presentado el 15 de enero de 2010, seguido por el Memorial de Contestación sobre jurisdicción de las Demandantes el 15 de marzo de 2010, la Réplica de la Demandada sobre la jurisdicción el 17 de mayo de 2010 y la Dúplica de las Demandantes el 25 de junio de 2010. El 27 de julio de 2010 se celebró una audiencia sobre jurisdicción en las oficinas del Centro de Conferencias del Banco Mundial en París.

En ella estuvieron presentes:

Miembros del Tribunal

Juez Gilbert Guillaume, *Presidente*  
 Sr. Robert B. von Mehren, *Árbitro*  
 Profesor Georges Abi-Saab, *Árbitro*

Secretariado del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

En representación de las Demandantes

Sr. Barry H. Garfinkel, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sr. Marco E. Schnabl, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sr. Timothy G. Nelson, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sra. Julie Bédard, *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*  
 Sr. Edward Van Geuns, *DeBrauw Blackstone WestBroek*

En representación de la Demandada

Sr. Mark H. O'Donoghue, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sra. Gabriela Álvarez Ávila, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sr. Hermann Ferré, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
 Sr. Kabir Duggal, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*

Dra. Hildegard Rondón de Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*  
 Dr. Gustavo Álvarez, *República Bolivariana de Venezuela*  
 Dr. Armando Giraud, *República Bolivariana de Venezuela*

15. Luego de la audiencia, el Tribunal deliberó en París el 28 de julio de 2010. El Tribunal ha tenido en cuenta todas las presentaciones, documentos y declaraciones testimoniales presentados en este caso.

16. El 9 de septiembre de 2010 la Sra. Janet Whittaker fue designada como Secretaria del Tribunal, tras la finalización de la comisión de servicios de la Sra. Katia Yannaca-Small en el CIADI, desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

## II. RESUMEN DE LAS MANIFESTACIONES DE LAS PARTES

### A. Memorial de jurisdicción de la Demandada

17. El 15 de enero de 2010 la República Bolivariana de Venezuela (la "Demandada" o "Venezuela") presentó un Memorial que contenía sus excepciones a la jurisdicción (el "Memorial").

18. En el Memorial se explica, primeramente, que la Solicitud de Arbitraje fue presentada por dos compañías, Cemex Caracas y Cemex Caracas II, que impugnan la nacionalización de una compañía venezolana, Cemex Venezuela ("CemVen"), en la que tenían una participación indirecta en el capital social.

19. Venezuela a continuación proporciona al Tribunal cierta información sobre la estructura de las compañías que participan en el caso. Sostiene que una compañía mexicana, Cemex, S.A.B. de C.V. ("Cemex"), es la propietaria, en un 100%, de Cemex España S.A., que es la propietaria, en un 100%, de una de las Demandantes, una compañía neerlandesa llamada Cemex Caracas. A su vez, esta es la propietaria, en un 100%, de la otra Demandante, otra compañía neerlandesa denominada Cemex Caracas II, que es propietaria, en un 100%, de Vencement Investments ("Vencement"), compañía constituida en las Islas Caimán. Finalmente, desde 2002 Vencement es propietaria en un 75,7%, de Cemex Venezuela (CemVen), la compañía de producción de cemento que operaba en el territorio de la Demandada.

20. La Demandada señala a continuación que las Demandantes invocaron la jurisdicción del Tribunal en virtud del Convenio para el Estimulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, celebrado el 22 de octubre de 1991 (el "TBI", el "Tratado Neerlandés" o el "Tratado"). Además, la Demandante Cemex Caracas se ha "reservado el derecho" de invocar la Ley venezolana de Promoción y Protección de Inversiones (la "Ley de Inversiones") como base adicional para la jurisdicción<sup>1</sup>. La Demandada impugna esas dos supuestas bases de la jurisdicción.

<sup>1</sup> Memorial, párrafo 3.

### 1. Jurisdicción en el marco del Tratado Neerlandés

21. La Demandada recuerda que los artículos 9(1) y 9(4) del TBI se refieren a "controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última". Agrega que "a pesar de que el Artículo 1(a) del Tratado Holandés define 'inversiones' como 'todos los tipos de activos', el mismo enumera cinco categorías de activos dentro de su ámbito de aplicación, y no hace referencia alguna al tema de propiedad o control, ya sea 'directo o indirecto', o a la ubicación de las inversiones, ni a la manera en la que las inversiones fueron realizadas"<sup>2</sup>. De acuerdo con la Demandada, la omisión de este lenguaje adicional en la definición de inversiones es significativa, si se compara el texto del Tratado Neerlandés con otros TBIs celebrados por Venezuela o los Países Bajos, o con tratados multilaterales de protección de inversiones. En consecuencia, el Tratado Neerlandés no cubre a inversionistas indirectos.

22. De acuerdo con la Demandada, esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que el TBI utiliza una definición amplia de "nacional" (o "inversionista") y sólo se refiere a inversiones ubicadas en el territorio de las Partes Contratantes. Además, esa interpretación se ha dado en un caso similar en un laudo arbitral dictado bajo los auspicios del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el caso *Berschader y Berschader v. Federación de Rusia*, Caso N.º 080/2004, y es compatible con la jurisprudencia del CIADI.

23. En el presente caso, las Demandantes reúnen las condiciones que permiten considerarlas como nacionales neerlandeses conforme al TBI, pues fueron constituidas en los Países Bajos. Sin embargo, ellas no mantienen por sí mismas inversiones en el territorio de Venezuela. Sus inversiones indirectas a través de Vencement no les confieren derecho a presentar reclamaciones por la supuesta violación del TBI. No "deben ser consideradas como partes en el presente procedimiento"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Memorial, párrafo 27.

<sup>3</sup> Memorial, párrafo 43.

## 2. Jurisdicción en el marco de Ley de Inversiones

24. La Demandada sostiene a continuación que, en virtud de la jurisprudencia del CIADI, el consentimiento a la jurisdicción del Centro que requiere el artículo 25 del Convenio del CIADI puede figurar en un contrato o en un documento, tal como una solicitud de arbitraje, en que se acepte una oferta anteriormente formulada. No obstante, en todos los casos debe existir consentimiento, que en el presente caso no ha sido otorgado por las Demandantes ni por Venezuela.

25. En primer lugar, ni en las cartas de las Demandantes del 9 de abril de 2008, "en las cuales aceptaban la oferta de consentimiento de la República al arbitraje CIADI contenida en el Artículo 9(1) del Tratado Holandés"<sup>4</sup>, ni en la Solicitud de Arbitraje "[se] hizo referencia alguna, ni [se] pretendió aceptar, un consentimiento por parte de la República al arbitraje CIADI, el cual supuestamente está contenido en el Artículo 22 de la Ley de Inversiones"<sup>5</sup>. Fue tan solo en una nota a pie de página contenida en la solicitud de medidas provisionales que una de las Demandantes, Cemex Caracas, se reservó el derecho de invocar esa ley, tras haber puesto en marcha el procedimiento de arbitraje, sin invocar expresamente la Ley de Inversiones, lo cual no puede considerarse como consentimiento escrito dado a su debido tiempo.

26. Venezuela luego sostiene que en el artículo 22 de la Ley de Inversiones no se prevé el consentimiento expreso e inequívoco requerido para someterse al arbitraje del CIADI que exige el artículo 25 del Convenio del CIADI. A este respecto, hace referencia al texto del propio artículo 22 y lo compara con las disposiciones de las cláusulas modelo del CIADI y con las de tratados bilaterales de inversiones celebrados por Venezuela. También hace referencia publicaciones y comentarios sobre la Ley de Inversiones formulados antes de 2005, principios jurídicos venezolanos y una sentencia dictada el 17 de octubre de 2008 por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Añade que a la misma conclusión se llega comparando el artículo 22 con otras leyes nacionales sobre inversiones y con la jurisprudencia del CIADI.

<sup>4</sup> Memorial, párrafo 46.

<sup>5</sup> Memorial, párrafo 47.

27. Finalmente, con carácter alternativo, la Demandada sostiene que "[n]inguna de las Demandantes era 'propietaria' de CemVen, la cual se alega constituye la 'inversión' en el presente caso"<sup>6</sup>. Las Demandantes no controlaban directamente la inversión efectuada en CemVen por Vencement, por lo cual, según Venezuela, no reúnen los requisitos que permitan calificarias como "inversionistas internacionales" conforme a la Ley de Inversiones y a su reglamento correspondiente.

28. Venezuela concluye, por lo tanto, que "las reclamaciones establecidas en la Solicitud de Arbitraje deben rechazarse en su totalidad puesto que: (i) en cualquier caso, las inversiones indirectas no están protegidas bajo el Tratado Holandés; (ii) las Demandantes no han otorgado su consentimiento al arbitraje CIADI bajo la Ley de Inversiones; (iii) el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituye un fundamento para considerar que la República ha otorgado su 'consentimiento' para arbitrar esta controversia; y (iv) las Demandantes no califican como 'inversionistas internacionales' según se define dicho término en la Ley de Inversiones y en el Reglamento de la Ley de Inversiones"<sup>7</sup>.

## B. Memorial de contestación sobre la jurisdicción de las Demandantes

29. Las Demandantes sostienen, en primer lugar, que su reclamación se origina en la apropiación, por parte de la Demandada, de Cemex Venezuela, realizada por decretos del 27 de mayo de 2008, del 15 de agosto de 2008 y del 19 de agosto de 2008, y por la simultánea ocupación de plantas de Cemex por las Fuerzas Armadas venezolanas. Agregan que "*no se ha pagado indemnización alguna por esta toma forzosa por el gobierno venezolano*"<sup>8</sup>. Reiteran los argumentos formulados en su Solicitud de Arbitraje, tendientes a remediar la violación de sus obligaciones por parte de Venezuela.

<sup>6</sup> Memorial, párrafo 103.

<sup>7</sup> Memorial, párrafo 110.

<sup>8</sup> Memorial de contestación, párrafo 21 (énfasis en el original).



## 1. Jurisdicción en el marco del TBI

30. Las Demandantes sostienen luego que conforme al TBI Países Bajos-Venezuela el Centro posee jurisdicción para entender en cada una de las reclamaciones<sup>9</sup>.

31. Destacan, a este respecto, que en el artículo 9 del TBI la Demandada dio su consentimiento claro e inequívoco a la jurisdicción del CIADI. Sostienen que la definición de "inversión" contenida en el artículo 1(a) de ese tratado es amplia y no exhaustiva, y comprende las inversiones indirectas. Añaden que "[l]a interpretación restrictiva de la Demandada de 'inversión' no tiene fundamento ni en la Convención de Viena ni en el Convenio del CIADI"<sup>10</sup>. Sostienen que "[d]ecisiones arbitrales anteriores confirman que las Demandantes tienen una 'inversión' como se define en el TBI"<sup>11</sup>. Añaden que Cemex Venezuela es una inversión "[e]n el territorio de Venezuela"<sup>12</sup>. Sostienen que "[o]tras disposiciones del TBI Países Bajos-Venezuela, incluyendo la definición de 'inversionistas', refuerza[n] la conclusión de que el TBI Países Bajos-Venezuela ampara inversiones indirectas"<sup>13</sup>. Añaden que "[l]as preocupaciones de la Demandada sobre reclamaciones en 'capas' son infundadas"<sup>14</sup>.

32. Refiriéndose a continuación a medios de interpretación complementarios, las Demandantes sostienen que "[l]a adopción por la Demandada del modelo de TBI de los Países Bajos indica la intención de seguir las políticas pro-inversión expresadas en el mismo"<sup>15</sup>. Además, "[l]a práctica de tratados de Venezuela consistentemente ha favorecido una interpretación amplia de las 'inversiones'"<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Memorial de contestación, pág. 12.

<sup>10</sup> Memorial de contestación, pág. 17.

<sup>11</sup> Memorial de contestación, pág. 23.

<sup>12</sup> Memorial de contestación, pág. 41.

<sup>13</sup> Memorial de contestación, pág. 43.

<sup>14</sup> Memorial de contestación, pág. 51.

<sup>15</sup> Memorial de contestación, pág. 52.

<sup>16</sup> Memorial de contestación, pág. 53.

## 2. Jurisdicción en el marco del artículo 22 de la Ley de Inversiones

33. Según las Demandantes, "separadamente e independientemente del TBI, el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela... confiere jurisdicción al Centro"<sup>17</sup>.

34. A este respecto, sostienen en primer lugar que "[l]a cuestión sobre si el Artículo 22 de la Ley de Inversiones constituye 'consentimiento' es una cuestión de derecho internacional"<sup>18</sup>. Luego sostienen que la inversión efectuada por las Demandantes en Cemex Venezuela es una "inversión internacional" y que las Demandantes son "inversionistas internacionales" a los efectos de la Ley de Inversiones. Agregan que la interpretación estrecha dada por la Demandada al concepto de propiedad o al de control efectivo no está debidamente fundada.

35. Sostienen, asimismo, que el artículo 22 de la Ley de Inversiones pone de manifiesto el consentimiento de la Demandada a la jurisdicción del Centro a los efectos del Convenio del CIADI. A ese respecto, se remiten a los términos del artículo 22, así como a la intención de sus redactores. Agregan que el principio de buena fe exige que ese artículo se interprete como una oferta vinculante. Sostienen que las comparaciones efectuadas por la Demandada con otras leyes sobre inversiones son incoherentes, e invocan la jurisprudencia del CIADI en apoyo de su posición. Hacen hincapié en que el consentimiento al arbitraje contenido en el artículo 22 no es incompatible con el derecho venezolano, y que la doctrina mayoritaria confirma esta interpretación. Sostienen, finalmente, que la invocación de la Demandada a la sentencia del Tribunal Supremo venezolano es incoherente.

36. Además, según las Demandantes, ellas consintieron al arbitraje a los efectos del artículo 22.

37. Finalmente sostienen que "[a]un si no hubiese jurisdicción conforme al Artículo 22, las [diversas] violaciones de la Demandada a la Ley de Inversiones son también violaciones al TBI"<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Memorial de contestación, pág. 62.

<sup>18</sup> Memorial de contestación, pág. 63.

<sup>19</sup> Memorial de contestación, pág. 110.

38. En consecuencia, solicitan "al Tribunal que al emitir su decisión sobre la jurisdicción:
- (a) Rechace las objeciones de la Demandada a la jurisdicción en su totalidad;
  - (b) Declare que el Tribunal tiene jurisdicción sobre todas las reclamaciones presentadas por las Demandantes en la Solicitud de Arbitraje;
  - (c) Ordene la continuación del procedimiento conforme a la Regla de Arbitraje 41(4); y
  - (d) Adjudique a las Demandantes los honorarios legales y costos incurridos con ocasión de oponerse a las objeciones jurisdiccionales de la Demandada, incluyendo honorarios legales, honorarios de los expertos y la parte de las Demandantes de los honorarios y gastos del Tribunal y del Centro<sup>38</sup>.

C. Memorial de réplica sobre excepciones a la jurisdicción de la Demandada

39. La Demandada subraya, en primer lugar, que "las Demandantes no han podido explicar por qué Vencement no es parte en este procedimiento"<sup>39</sup>.
40. Sostiene que las Demandantes "carecen de legitimación procesal para presentar reclamaciones bajo el Tratado Holandés respecto a las acciones de CemVen"<sup>40</sup>. Hace hincapié en que el texto del Tratado Neerlandés no respalda la interpretación formulada por las Demandantes. El razonamiento de otras decisiones arbitrales no justifica apartarse de ese texto. Venezuela concluyó que "las Demandantes son incapaces de demostrar que la tenencia accionaria de Vencement en CemVen es su propia inversión y que tienen *ius standi* para presentar reclamaciones conforme al Tratado Holandés"<sup>41</sup>.
41. Venezuela sostiene asimismo que su Ley de Inversiones no proporciona base alguna para la jurisdicción del CIADI en esta diferencia. Según Venezuela, "[el] Artículo 22 de la Ley de

<sup>38</sup> Memorial de contestación, párrafo 190.

<sup>39</sup> Réplica, párrafo 3.

<sup>40</sup> Réplica, pág. 6.

<sup>41</sup> Réplica, párrafo 49.

Inversiones no constituye un consentimiento por parte de la República al arbitraje del CIADI<sup>42</sup>. A este respecto se remite al contenido de ese artículo, así como a su historia, su finalidad, los comentarios referentes a ese texto y los principios jurídicos venezolanos.

42. La Demandada sostiene también que las Demandantes no han dado su consentimiento a la jurisdicción conforme a la Ley de Inversiones. "La forma del consentimiento de las Demandantes en sus cartas del 9 de abril de 2008, así como la propia Solicitud de Arbitraje, demuestra[n] que estas referencias están muy lejos de constituir un 'instrumento de consentimiento' por escrito, como lo contemplan las Reglas del Centro y el Artículo 25 del Convenio"<sup>43</sup>.

43. Sostiene finalmente que "[i]mpoco existe jurisdicción conforme a la Ley de Inversiones, debido a que las Demandantes no califican como 'inversionistas internacionales' conforme a la Ley y por lo tanto, no están dentro del alcance de aplicación del Artículo 22"<sup>44</sup>.

44. Sobre esas bases, Venezuela concluye que "las reclamaciones presentadas por las Demandantes deben ser desestimadas en su totalidad por carecer de jurisdicción puesto que: (i) las Demandantes carecen de legitimación procesal bajo el Tratado Holandés para presentar reclamaciones por supuestas violaciones de sus disposiciones en relación con las acciones de CemVen; (ii) el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no es un fundamento para determinar el 'consentimiento' de la República para someter esta controversia al arbitraje; (iii) las Demandantes no han dado su consentimiento al arbitraje CIADI conforme a la Ley de Inversiones; y (iv) las Demandantes no califican para ser consideradas como 'inversionistas internacionales' conforme a la Ley de Inversiones y el Reglamento de la Ley de Inversiones"<sup>45</sup>.

D. Dúplica sobre jurisdicción de las Demandantes

45. Las Demandantes observan que la Demandada no ha contestado varios puntos referentes a la jurisdicción. "[E]l único asunto que enfrenta el Tribunal en el marco del TBI de los Países

<sup>42</sup> Réplica, pág. 26.

<sup>43</sup> Réplica, párrafo 88.

<sup>44</sup> Réplica, párrafo 89.

<sup>45</sup> Réplica, párrafo 100.

Bajos es si la participación de capital indirecta de las Demandantes en Cemex Venezuela S.A.C.A. es una "inversión" para efectos del Artículo 1(a). La respuesta a esa pregunta es un rotundo "sí"<sup>39</sup>. "Más aún, una vez que se establezca la jurisdicción en virtud del TBI de los Países Bajos, todas las reclamaciones contenidas en la Solicitud de Arbitraje podrán ser conocidas por este Tribunal, dado que una violación de las protecciones a las inversiones ofrecidas por la legislación venezolana también [constituye] una violación al TBI"<sup>40</sup>.

46. Las Demandantes sostienen luego que la única excepción opuesta por la Demandada a la jurisdicción basada en el TBI es insostenible. Según las Demandantes, Venezuela "[n]o puede desestimar décadas de jurisprudencia unánime"<sup>41</sup>. Además, sostienen que "[los intentos] de la Demandada de erigir barreras a la legitimación de las Demandantes no encuentra[n] apoyo en el [texto del Tratado]"<sup>42</sup>, en especial, en los Artículos 1(a), 1(b) y 9(1). Además, "todos los medios suplementarios de interpretación demuestran que las inversiones indirectas tienen por objeto ser cubiertas por el TBI"<sup>43</sup>. "El intento de la Demandada de imponer una limitación basada en políticas sobre la legitimación indirecta de las inversiones es impermissible y en cualquier caso infundada"<sup>44</sup>. Las Demandantes han efectuado una inversión en el "territorio" de Venezuela.

47. Las Demandantes sostienen asimismo que, en el presente caso, existe jurisdicción del CIADI en forma independiente, en virtud del artículo 22 de la Ley de Inversiones, que según las Demandantes constituye una expresión del consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI, tanto sea que se considere el texto mismo, el caso *SPP c. Egipto* o cualquier medio de interpretación complementario.

48. Las Demandantes invocan luego una decisión dictada recientemente en el caso *Mobil Corp. c. Venezuela*<sup>45</sup>. Señalan que en él el tribunal del CIADI "concluyó que el Artículo 22 no

<sup>39</sup> Dúplica, párrafo 14.

<sup>40</sup> Dúplica, párrafo 15.

<sup>41</sup> Dúplica, pág. 10.

<sup>42</sup> Dúplica, pág. 20.

<sup>43</sup> Dúplica, pág. 31.

<sup>44</sup> Dúplica, pág. 29.

<sup>45</sup> *Mobil Corp. y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI No. ARR/07/27 (10 de junio de 2010).

constituye un consentimiento de Venezuela a la jurisdicción arbitral"<sup>46</sup>. Hacen notar que en esa decisión el tribunal se apartó de la doctrina del *effet utile* basándose en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia (la "CIJ") en el caso *Fisheries Jurisdiction*. Subrayan, no obstante, que conforme a la jurisprudencia de la CIJ, incluida esa sentencia, "críticamente, el principio interpretativo 'debe buscar la interpretación que esté en armonía con una manera natural y razonable de leer el texto'"<sup>47</sup>. Esa lectura debería favorecer la interpretación que hace efectivo el texto preceptivo del artículo 22. Además, una interpretación de ese tipo estaría en consonancia con la historia legislativa de ese artículo, con los comentarios formulados sobre ese texto y con la intención de Venezuela, que se infiere del preámbulo y de los objetivos expresos y de la estructura de la ley.

49. Finalmente, las Demandantes reafirman que se las debe considerar como "inversionistas internacionales" conforme a la Ley de Inversiones. Reiteran que han consentido expresamente la jurisdicción del CIADI, inclusive conforme al artículo 22.

50. Solicitan al Tribunal que dicte la decisión que habían solicitado anteriormente en su Memorial de contestación.

#### E. La audiencia sobre la jurisdicción

51. En la audiencia celebrada el 27 de julio de 2010, Venezuela mantuvo y desarrolló sus excepciones a la competencia del Tribunal.

52. En primer lugar sostiene que "la única cuestión que tiene ante sí el Tribunal conforme al TBI de los Países Bajos consiste en establecer si las acciones de Cemex Venezuela S.A.C.A. constituyen una inversión ... 'de' las Demandantes a los efectos del Artículo 9.1 del Tratado, así como de los Artículos 2 a 8 del Tratado"<sup>48</sup>. Reconoce que el TBI ofrece "amplia protección a las inversiones indirectas"<sup>49</sup> y que "la propiedad indirecta de acciones constituye una inversión"<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Dúplica, párrafo 92.

<sup>47</sup> Dúplica, párrafo 96.

<sup>48</sup> Transcripción de la audiencia del 27 de julio de 2010, en inglés, traducciones del Tribunal ("Transcripción de la Audiencia"), pág. 11.

<sup>49</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 27.

<sup>50</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 29.

pero sostiene: "eso no da respuesta a la cuestión que tenemos ante nosotros hoy, que consiste en establecer quién tiene derecho a demandar para reivindicar los derechos relativos a esas inversiones"<sup>40</sup>. A este respecto, Venezuela manifiesta que "el sentido ordinario y natural del posesivo 'de' es 'propio'<sup>41</sup>". Agrega que así lo confirma la versión en español de los artículos 2 y 3. Por lo tanto, sólo los inversionistas directos tienen *jus standi* conforme al TBI. Esta solución es compatible con la decisión adoptada por el tribunal del CIADI en el caso *Mobil v. Venezuela*. En el presente caso, Vencement, como inversionista directa, habría estado legitimada para demandar a Venezuela; no así Cemex Caracas ni Cemex Caracas II.

53. Con respecto al artículo 22 de la Ley de Inversiones, la Demandada invocó la Decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Mobil v. Venezuela*. Agrega que el artículo 22 debe interpretarse en su contexto político y jurídico. Sostiene que, al adoptar ese artículo, Venezuela "estaba reafirmando su compromiso de observar los tratados existentes, que tenían cierto sentido, especialmente en el contexto político de 1999 y, además, estaba ofreciendo esta opción de utilizar recursos internos, cuando correspondiera"<sup>42</sup>. Finalmente subraya: "es importante que la cuestión sea abordada"<sup>43</sup> por el Tribunal.

54. Durante la audiencia, las Demandantes mantuvieron y desarrollaron, asimismo, sus alegatos anteriores. Reafirmaron que "el Tribunal podría llegar a una conclusión sobre el TBI sin remitirse al artículo 22, y que las Demandantes tendrían un caso completo para presentar sobre el fondo de la diferencia"<sup>44</sup>.

55. Las Demandantes sostienen luego que, para que se rija por el TBI, "una inversión debe pertenecer a un nacional". Ello no limita el significado de "nacional", ni el de "inversiones"<sup>45</sup>. Las inversiones indirectas, así como las directas, son inversiones a los efectos del artículo 1(a) del Tratado, como lo demuestra una cadena ininterrumpida de casos del CIADI. Explican las razones por las que Vencement no es parte en este procedimiento y coinciden con la Demandada

<sup>40</sup> Transcripción de la Audiencia, págs. 26-27.

<sup>41</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 18.

<sup>42</sup> Transcripción de la Audiencia, págs. 58-59.

<sup>43</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 61.

<sup>44</sup> Transcripción de la Audiencia, págs. 69-70.

<sup>45</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 71.

en que esa ausencia no plantea ningún problema procesal en cuanto a acceso a documentos y posibles demandas reconventionales<sup>46</sup>. Además, "no existe una reclamación superpuesta de Vencement, y existe acuerdo en que no puede darse aquí una doble reparación"<sup>47</sup>.

56. Las Demandantes finalmente sostienen que el artículo 22 de la Ley de Inversiones prevé en forma inequívoca el consentimiento al arbitraje del CIADI. De todos modos, ese artículo debe interpretarse como una declaración unilateral conforme al derecho internacional; por lo tanto, debe "leerse en forma natural y razonable, según su tenor literal y teniendo en cuenta las palabras utilizadas, y teniendo debidamente presentes las intenciones del Estado"<sup>48</sup>. De acuerdo con esa ley, su contexto histórico y su historia legislativa, debe prevalecer la interpretación dada a ese texto por las Demandantes.

### III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

57. EL artículo 25(1) del Convenio del CIADI establece que "[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro".

58. De acuerdo con el artículo 25, el consentimiento de ambas partes de una diferencia constituye, por lo tanto, una condición indispensable para que exista jurisdicción. Ese consentimiento debe darse a través de un acuerdo directo entre el Estado anfitrión y el inversionista. Conforme a la jurisprudencia del CIADI, dicho consentimiento puede asimismo surgir de una oferta unilateral formulada por el Estado anfitrión, expresada en su legislación o en un tratado, subsiguientemente aceptada por el inversionista.

59. En el presente caso, las Demandantes sostienen que Venezuela consintió la jurisdicción del Centro a través:

<sup>46</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 160.

<sup>47</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 95.

<sup>48</sup> Transcripción de la Audiencia, págs. 111-12.



(a) Del artículo 22 del Decreto venezolano No. 356 de Promoción y Protección de Inversiones, del 3 de octubre de 1999 (la "Ley de Inversiones").

(b) Del Convenio para el Estimulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, suscrito en Caracas el 22 de octubre de 1991 (el "TBI", el "Tratado" o el "Tratado Neerlandés").

60. La Demandada objeta ambas supuestas bases de la jurisdicción.

61. A ese respecto las Demandantes agregan que "las [diversas] violaciones de la Demandada a la Ley de Inversiones son también violaciones al TBI"<sup>60</sup> y, en especial, de sus artículos 6(b), 3(1) y 3(4), por lo cual todas sus reclamaciones "se encuentran dentro del consentimiento incorporado en el Artículo 9 del TBI, aun si no hubiere jurisdicción conforme al Artículo 22 de la Ley de Inversiones"<sup>61</sup>. El Tribunal podría, por lo tanto, "llegar a una conclusión sobre el TBI sin remitirse al artículo 22"<sup>62</sup>. La Demandada sostiene, por el contrario, que "[e]s importante para la República" y "para la integridad de este proceso"<sup>63</sup> que el Tribunal aborde, de todos modos, ambas cuestiones.

62. El Tribunal observa que no puede concluir que todas las supuestas violaciones de la Ley de Inversiones configuren también violaciones del TBI sin efectuar un análisis profundo de la Ley y del Tratado, lo que no sería pertinente en el presente estado del procedimiento. Por lo tanto, considera su obligación abordar ambas cuestiones.

#### A. El artículo 22 de la Ley de Inversiones

63. El artículo 22 de la Ley de Inversiones tiene el texto siguiente:

"Las 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, o las

<sup>60</sup> Memorial de contestación, pág. 101.

<sup>61</sup> Memorial de contestación, párrafo 189.

<sup>62</sup> Transcripción de la audiencia, pág. 69.

<sup>63</sup> Transcripción de la audiencia, pág. 61.

controversias 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), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente".

64. Traducido al inglés, el artículo 22 podría tener el contenido siguiente:

"Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which the provisions of the Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI-MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States (CIADI) are applicable, shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect".

65. Las partes discrepan sobre la interpretación que ha de darse al artículo 22. Las Demandantes sostienen que Venezuela consintió la jurisdicción del CIADI conforme a ese artículo. La Demandada sostiene que el texto no prevé tal consentimiento.

66. Para aclarar el sentido del artículo 22, el Tribunal comenzará por determinar el criterio de interpretación que ha de utilizarse, y luego lo aplicará al referido artículo.

<sup>64</sup> Traducción proporcionada por el Tribunal. Las Demandantes han propuesto otras traducciones (véase, por ejemplo, Solicitudes de arbitraje, párrafo 34; Memoria de Contestación, párrafo 130; Réplica, párrafo 74), y lo propio ha hecho la Demandada (véase, por ejemplo, Memorial, pág. 9, nota a pie de página 32 y párrafo 63; Réplica, párrafo 53). La frase "si así lo establece" ha sido traducida como "should it so provide," "if it so provides" o "if it so establishes". Ni las partes ni el Tribunal consideran sustanciales esas variantes.

## I. Criterio de interpretación

## (a) Determinación del criterio

67. En su Memorial, la Demandada sostiene: "[a]demás del texto de la propia norma, la Ley de Inversiones, como parte del marco legal de Venezuela, debe ser interpretada a la luz de los principios legales venezolanos"<sup>56</sup>, en especial, del artículo 4 de su Código Civil. "[A] pesar de que es posible que el derecho venezolano no sea determinante..., este desempeña un papel importante en el análisis de dicha norma"<sup>57</sup>. Añade que, conforme al derecho venezolano, el consentimiento al arbitraje debe ser claro, expreso e inequívoco. Invoca asimismo una sentencia dictada sobre esas bases por el Tribunal Supremo de Venezuela el 17 de octubre de 2008. Sostiene que "[l]a decisión del Tribunal Supremo es una declaración definitiva de las leyes de Venezuela a nivel nacional y su razonamiento, aunque no vincula a un tribunal internacional, merece la debida consideración de este Tribunal"<sup>58</sup>.

68. Las Demandantes, por su parte, sostienen que "[l]a cuestión sobre si el Artículo 22 de la Ley de Inversiones constituye 'consentimiento' es una cuestión de derecho internacional"<sup>59</sup>. De acuerdo con las Demandantes, un Tribunal del CIADI resuelve sobre su propia competencia, y la decisión del Tribunal Supremo venezolano no es vinculante para el Tribunal. Añaden que dicha decisión no es convincente.

69. El Tribunal nota, en primer lugar, de que conforme al artículo 41(1) del Convenio del CIADI, el propio Tribunal "[resuelve] sobre su propia competencia", sea cual fuere la base de esa competencia, incluida una oferta unilateral contenida en la legislación del Estado receptor y ulteriormente aceptada por el inversionista, como lo han reconocido tribunales del CIADI en varios casos<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Memorial, párrafo 55.

<sup>57</sup> Memorial, párrafo 57.

<sup>58</sup> Memorial, párrafo 78.

<sup>59</sup> Memorial de contestación, pag. 63.

<sup>60</sup> Por ejemplo, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. República Árabe de Egipto* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/84/3 (14 de abril de 1988), párrafo 66; *Inceysa Valliniotana S.L. v. República de El Salvador* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/03/26 (2 de agosto de 2006), párrafos 212-13.

70. El Tribunal agrega que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por la Corte Internacional de Justicia, que establecieron claramente que la interpretación de un Estado soberano sobre su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para el tribunal ni determinante en cuestiones de jurisdicción<sup>61</sup>. Por lo tanto, la interpretación dada al artículo 22 por las autoridades venezolanas o por los tribunales venezolanos no puede regir la decisión del Tribunal sobre su competencia.

71. Otra cuestión es determinar si el artículo 22 debe interpretarse de acuerdo con las normas de interpretación venezolanas o internacionales. La jurisprudencia del CIADI sobre ese punto es escasa y carece de consistencia.

72. En algunos casos, los tribunales del CIADI han tenido que aplicar legislaciones nacionales tan claras que ni las partes ni el tribunal consideraron necesario pronunciarse expresamente sobre las normas de interpretación aplicables. Así sucedió en relación con la Ley de Inversiones de Albania en el caso *Trides Hellas v. Albania*<sup>62</sup>; con diversas leyes salvadoreñas en el caso *Inceysa v. El Salvador*<sup>63</sup>; con la Ley de Inversiones Extranjeras de Kazajistán en *Rumeli Telekom v. Kazajistán*<sup>64</sup>; y con la Ley de Inversiones de la República Unida de Tanzania en *Biwat Gwiff v. República Unida de Tanzania*<sup>65</sup>. No obstante, en otros tres casos, los tribunales del CIADI se refirieron expresamente a las normas de interpretación que habían de aplicarse a ofertas unilaterales formuladas por Estados receptores.

*Zionit Development Ltd. v. República de Georgia* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/00/1 (24 de enero de 2003), párrafo 339.

<sup>61</sup> *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Excepciones Preliminares), PCIJ, Ser. A/B No. 77 (1939); *Argon Sui Continental Shelf* (Grecia v. Turquía) - 19 de diciembre de 1978 - *ICJ Reports* 1978, pág. 3; *Fisheries Jurisdiction* (España v. Canadá) - 4 de diciembre de 1998 - *ICJ Reports* 1998, pág. 432.

<sup>62</sup> *Trides Hellas S.A. v. República de Albania* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/94/2 (24 de diciembre de 1996), párrafo 79.

<sup>63</sup> *Inceysa Valliniotana S.L. v. República de El Salvador* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/03/26 (2 de agosto de 2006), párrafos 212-13, párrafos 310, 316, 327 y 332.

<sup>64</sup> *Rumeli Telekom A.S. y Telekom Mobil Telekomunikasyon Hisseleri A.S. v. República de Kazajistán* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/05/16 (29 de julio de 2008), párrafos 333-35.

<sup>65</sup> *Biwat Gwiff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/05/22 (24 de julio de 2008), párrafo 329.

73. En el caso *SPP c. Egipto* el tribunal señaló: "[l]a cuestión de la jurisdicción en este caso no se limita a la interpretación de la legislación local. La cuestión que ha de resolverse es si determinada legislación sancionada unilateralmente ha creado una obligación internacional en virtud de un tratado multilateral. La resolución de este caso comprende interpretación de leyes e interpretación de un tratado". "Por lo tanto, para decidir si en las circunstancias del presente caso la ley No. 43 implica consentimiento a la jurisdicción del Centro, el Tribunal aplicará principios generales de interpretación de leyes, teniendo en cuenta, cuando correspondan, normas pertinentes de interpretación de tratados y principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales"<sup>64</sup>. No obstante, debe señalarse que en el resto de la decisión no es fácil identificar el papel que cumplen esas diferentes normas<sup>65</sup>.

74. En el caso *CSOB c. República Eslovaca*, el tribunal del CIADI tuvo que pronunciarse acerca de si era competente en virtud de un TBI y de una notificación publicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Eslovaca. Sostuvo, sobre ambas bases, que "la cuestión de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento a la jurisdicción del CIADI no ha de responderse en relación con el derecho nacional, sino que se rige por el derecho internacional, tal como lo expresa el artículo 25(1) del Convenio del CIADI"<sup>66</sup>. Luego señaló que, "[a]unque la notificación hubiera de caracterizarse como una declaración unilateral del Estado eslovaco, de todos modos es preciso preguntarse si era "intención del Estado que efectuaba la declaración que esta se volviera obligatoria de acuerdo con su texto", tal como lo requieren los principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales"<sup>67</sup>. La respuesta dada por el tribunal a ese respecto fue negativa.

75. Finalmente, en el caso *Zinnvali c. Georgia*, el tribunal adoptó un tercer enfoque. Considerando la Ley de Inversiones de Georgia, señaló que estaba "manejando una ley interna, y

<sup>64</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI n.º ARB/84/3 (14 de abril de 1988), párrafo 61.

<sup>65</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Decisión sobre Jurisdicción) (traducción del Tribunal), Caso CIADI No. ARB/84/3 (14 de abril de 1988). El párrafo 74 del laudo vuelve a referirse a los tres criterios mencionados en el párrafo 61. No obstante, en el párrafo 94 solo se hace referencia a "principios generales de interpretación de leyes" y al párrafo 107 se refiere exclusivamente a la interpretación que debe darse a las "declaraciones unilaterales" en el derecho internacional.

<sup>66</sup> *Česká zbrojovka a.s. c. Republika Slovensko* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/97/4 (24 de mayo de 1999), párrafos 35-6 y 46. (traducción del Tribunal).

<sup>67</sup> *Ibidem*, párrafo 46.

no un acuerdo bilateral". Señaló que "si el derecho nacional de Georgia aborda esta cuestión del consentimiento, tal como lo considera el Tribunal, este debe seguir la orientación del derecho nacional, pero invariablemente con sujeción al dictado final del derecho internacional." Agregó que el derecho de Georgia estaba "en consonancia con los principios de derecho internacional aplicables" y, sobre la base del derecho así interpretado, concluyó que el demandante y la demandada habían dado su consentimiento a que la diferencia fuera sometida a la jurisdicción del CIADI<sup>68</sup>.

76. De este examen de la jurisprudencia del CIADI se desprende que en cuatro casos no se abordó la cuestión. En el caso *SPP c. Egipto*, el tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación de leyes", "teniendo en cuenta normas pertinentes de interpretación de tratados y principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales". En el caso *CSOB c. República Eslovaca* el tribunal se pronunció basándose exclusivamente en estos últimos principios. En *Zinnvali c. Georgia* optó por el derecho interno, "con sujeción al dictado final del derecho internacional".

77. Las reservas de los tribunales del CIADI sobre esa cuestión obedecen al hecho de que, en esos casos del CIADI, el consentimiento del Estado al arbitraje no estaba contenido en un tratado que hubiera de interpretarse de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, sino en una oferta unilateral formulada por ese Estado en una u otra forma.

78. La Corte Internacional de Justicia tuvo ante sí ese mismo problema al interpretar declaraciones unilaterales formuladas por Estados conforme al artículo 36(2) de su Estatuto, y señaló:

"Una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, háyanse establecido o no límites para esa aceptación, es un acto unilateral de soberanía del Estado. Ella, al mismo tiempo, establece una obligación consensual y la posibilidad de un vínculo de jurisdicción con los otros Estados que hayan formulado declaraciones conforme al Artículo 36(2) del Estatuto, y representa

<sup>68</sup> *Zinnvali Development Ltd. c. República de Georgia* (Laudo), Caso CIADI n.º ARB/00/1 (24 de enero de 2003), párrafo 329 (traducción del Tribunal).

una oferta permanente a los otros Estados partes del Estatuto que aún no hayan depositado una declaración de aceptación<sup>66</sup>.

En consecuencia, ese "instrumento internacional debe interpretarse en relación con el derecho internacional"<sup>67</sup>.

79. El Tribunal comparte ese análisis. Los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI son ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano a inversionistas extranjeros conforme al Convenio del CIADI. Esas ofertas pueden incorporarse o no a la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse de acuerdo con el Convenio del CIADI y los principios de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados.

#### (b) Contenido del criterio

80. El artículo 25 del Convenio del CIADI dispone que las partes de la diferencia "hayan consentido por escrito" que la diferencia quede sometida al Centro. Conforme al artículo 25, el consentimiento escrito es, pues, necesario, pero el texto no proporciona ninguna indicación adicional sobre la manera u oportunidad en que haya de prestarse ese consentimiento, ni sobre la forma en que este deba interpretarse.

81. Las normas consuetudinarias que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados en el derecho internacional nunca han sido codificadas. No obstante, tal como lo reconoció la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas<sup>68</sup>, en esta esfera debe efectuarse una distinción básica entre:

- a) declaraciones formuladas en el marco y sobre la base de un tratado, y

<sup>66</sup> *Land and Maritime Boundaries between Cameroon and Nigeria*, Excepciones preliminares - ICJ Reports 1998, pág. 291, párrafo 25; *Fisheries Jurisdiction (España v. Canadá)* - ICJ Reports 1998, pág. 453, párrafo 46 (traducción del Tribunal).

<sup>67</sup> *Fisheries Jurisdiction (España v. Canadá)* - ICJ Reports 1998, párrafos 43, 64 y 65 (traducción del Tribunal).

<sup>68</sup> Informe de la Asamblea General de 2006, Documento A/CN.4/L.703, fechado el 20 de julio de 2006, "Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas", párrafo 3.

- b) otras declaraciones formuladas por Estados en ejercicio de su libertad de actuar en el plano internacional.

82. Ambas declaraciones pueden tener como efecto la creación de obligaciones internacionales. No obstante, al considerar declaraciones no efectuadas en el marco ni sobre la base de un tratado, se requiere la máxima cautela al establecer si esas declaraciones crean o no ese tipo de obligaciones. La Corte Internacional de Justicia se vio confrontada con situaciones de ese género en los casos *Nuclear Tests*, en 1974<sup>69</sup>, en los que decidió que "cuando los Estados formulan declaraciones que limitan su libertad de acción, corresponde una interpretación restrictiva". En 2006, en el caso *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, confirmó que "una declaración de ese género puede crear obligaciones jurídicas solo si se enuncia en términos claros y específicos"<sup>70</sup>. La Comisión de Derecho Internacional adoptó idéntica posición en sus Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados, de 2006<sup>71</sup>.

83. No obstante, las normas de interpretación son un tanto diferentes cuando, como ocurre en el presente caso, se formulan declaraciones unilaterales en el marco y sobre la base de un tratado.

84. Esas normas han sido fijadas por la Corte Internacional de Justicia en una larga serie de casos al interpretar declaraciones unilaterales de jurisdicción obligatoria formuladas de acuerdo con el artículo 36(2) de su Estatuto.

85. La Corte señaló, en primer lugar, que "[e]l régimen relativo a la interpretación" de esas declaraciones "no es idéntico al establecido para la interpretación de tratados por la Convención

<sup>69</sup> *Nuclear Tests* (Nueva Zelanda v. Francia) - Sentencia del 20 de diciembre de 1974, ICJ Reports 1974, págs. 472-73, párrafo 47 (traducción del Tribunal).

<sup>70</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Nueva solicitud, 2002) (República Democrática del Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, pág. 28, párrafos 49-50 (traducción del Tribunal).

<sup>71</sup> Documento A/CN.4/L.703, fechado el 20 de julio de 2006, "Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas", párrafo 7.



de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>79</sup>. Luego subrayó que toda declaración "debe interpretarse tal como ha sido expresada, teniendo en cuenta las palabras realmente utilizadas"<sup>80</sup>.

86. Al mismo tiempo, como las declaraciones constituyen instrumentos redactados unilateralmente, "la Corte no ha vacilado en hacer cierto hincapié en la intención del Estado depositario"<sup>81</sup>. Análogamente, en el caso *SPP c. Egipto*, el tribunal del CIADI decidió que "[p]ara interpretar una declaración unilateral que según se alega constituye el consentimiento de un Estado soberano a la competencia de un tribunal internacional, debe tenerse en cuenta la intención del Gobierno a la fecha en que se haya formulado"<sup>82</sup>.

87. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia interpreta "los términos pertinentes de una declaración, incluida una reserva que contengan, en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate"<sup>83</sup>, y lo hace comenzando con el texto y, si el texto no es claro, teniendo debidamente en cuenta el contexto y examinando la "prueba referente a la circunstancia de su preparación y a los fines que se pretendía alcanzar"<sup>84</sup>. Por lo tanto, la intención del Estado declarante debe prevalecer, y solo podría "dejarse de lado o anularse" en virtud de una falla "tan fundamental que vicie el instrumento por no ser conforme con algún requisito jurídico obligatorio"<sup>85</sup>.

88. Es sobre la base de esas normas de derecho internacional que el Tribunal procederá ahora a interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones.

89. El Tribunal debe agregar que, si bien el derecho interno y el derecho internacional de los tratados no son determinantes o dispositivos, ello no significa que deban pasarse por alto por completo:

<sup>79</sup> *Fisheries Jurisdiction (España c. Canadá)* - ICJ Reports 1998, pág. 453, párrafo 46.  
<sup>80</sup> *Anglo-Franco (Al Co. - Excepciones preliminares - Sentencia)* - ICJ Reports 1952, pág. 105 (traducción del Tribunal).  
<sup>81</sup> *Fisheries Jurisdiction España c. Canadá* - ICJ Reports 1998, pág. 454, párrafo 48.  
<sup>82</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto (Decisión sobre Jurisdicción)*, Caso CIADI n.º ARB/84/3 (14 de abril de 1986), párrafo 107 (traducción del Tribunal).  
<sup>83</sup> *Fisheries Jurisdiction (España c. Canadá)* - ICJ Reports 1998, pág. 454, párrafo 49 (traducción del Tribunal).  
<sup>84</sup> *Ibidem*.  
<sup>85</sup> *Templo de Preah Vihear* - ICJ Reports 1961, pág. 23 (traducción del Tribunal).

a) Como se señala en los párrafos que anteceden, cuando los tribunales interpretan declaraciones unilaterales deben tener debidamente en cuenta la intención del Estado que haya formulado las declaraciones pertinentes. A ese respecto, el derecho interno puede cumplir un papel útil, en especial, cuando se haya dado el consentimiento a la jurisdicción a través de la legislación nacional.

b) Aunque el derecho de los tratados codificado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no es pertinente para la interpretación de declaraciones unilaterales, las disposiciones de la Convención de Viena pueden "aplicarse por analogía en cuanto sean compatibles con el carácter *aut generis*" de esas declaraciones<sup>86</sup>.

## 1. Interpretación del artículo 22

### (a) Texto del artículo 22

90. El punto de partida para la interpretación de las declaraciones unilaterales (al igual que para la interpretación de la legislación o de los tratados) es el análisis textual del documento que ha de interpretarse. En consecuencia, el Tribunal analizará primero las palabras utilizadas en el artículo 22.

91. Según el artículo 22, las controversias que surjan al amparo de TBIs celebrados por Venezuela, o respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio del OMGI) o del Convenio del CIADI "serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece".

92. Las Partes coinciden en que esta disposición crea la obligación de recurrir al arbitraje con sujeción a ciertas condiciones y, sobre todo, con sujeción a la última condición incorporada en el artículo 22. Sin embargo, no están de acuerdo en la interpretación que debe darse a las palabras "si así éste lo establece".

<sup>86</sup> *Fisheries Jurisdiction (España c. Canadá)* - ICJ Reports 1998, pág. 453, párrafo 46 (traducción del Tribunal).

93. Para las Demandantes, "[l]a referencia a 'este' es, en este contexto, incontestablemente una referencia al Convenio del CIADI<sup>93</sup>. Por lo tanto, 'el Artículo 22 es una directriz obligatoria de que el Estado debe someter a arbitraje internacional todas las controversias a las cuales sea aplicable el Convenio CIADI<sup>94</sup>'. El artículo 22 'expresa un consentimiento inmediato y completamente operativo, cuya única condición es que el criterio de jurisdicción del Convenio CIADI esté 'dado', como sin duda lo ha sido aquí. En consecuencia, el Centro tiene jurisdicción de conformidad con el Artículo 22 de la Ley de Inversiones'<sup>95</sup>.

94. En cambio, Venezuela sostiene que "el Artículo 22 no constituye por sí mismo un consentimiento general al arbitraje CIADI para todas las controversias relativas a inversión entre la República e inversionistas extranjeros de Estados Contratantes; por el contrario, éste requiere que dichas controversias sean sometidas a arbitraje bajo los términos del Convenio CIADI sólo si 'así éste lo establece' - lo cual significa, *inter alia*, que el consentimiento para someter una controversia particular o una clase de controversias al arbitraje CIADI debe ser otorgado por escrito tanto por el inversionista como por la República<sup>96</sup>. A falta de dicho consentimiento por escrito, el Centro carece de jurisdicción en el presente caso.

95. El Tribunal observa que el Artículo 22 consta de una única oración, larga, y con algún grado de complejidad. Como lo afirmó el profesor Christoph H. Schreuer en su reconocido comentario acerca del Convenio del CIADI, este artículo "está redactado en términos ambiguos y es probable que dé lugar a problemas de interpretación, notablemente en cuanto a si contiene o no una expresión de consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI"<sup>97</sup>.

96. Al respecto, el Tribunal observa en primer lugar que el artículo 22 se refiere a lo siguiente:

- a) controversias que surjan entre Venezuela y un inversionista internacional cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un TBI;

<sup>93</sup> Memorial de contestación, párrafo 130.

<sup>94</sup> Memorial de contestación, párrafo 127.

<sup>95</sup> Memorial de contestación, párrafo 133.

<sup>96</sup> Memorial, párrafo 65.

<sup>97</sup> C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, segunda edición, Cambridge University Press, 2009, pág. 363 (traducción del Tribunal).

- b) controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del OMGI;
- c) controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio del CIADI.

97. El artículo 22 resulta aplicable a esas controversias con sujeción a dos condiciones.

98. Primero, en el texto se especifica que las controversias serán sometidas al arbitraje "en los términos del respectivo tratado o acuerdo". Al respecto, el Tribunal señala que, al principio, en el artículo 22 se hace referencia al "tratado o acuerdo" sobre promoción y protección de inversiones, y más adelante al Convenio Constitutivo del OMGI y al Convenio del CIADI. Cabe esperar que, al final del artículo, en el texto se hubiera hecho referencia, de igual forma, al "respectivo tratado, acuerdo o convenio". No sucede así. Sin embargo, el Tribunal observa que el término "tratado" es amplio y normalmente abarca a los "convenios"<sup>98</sup>. Señala asimismo que esto no es objetado por las Partes. En consecuencia considera que, en el artículo 22 *in fine*, las palabras "tratado y acuerdo" también abarcan a los dos Convenios.

99. Después se llega a la segunda condición expresada en las palabras "si así éste lo establece", respecto de la cual las Partes discrepan.

100. Gramaticalmente, es indiscutible que la palabra "este" se refiere a las palabras anteriores "tratado o acuerdo", que, como se afirmó antes, comprenden al Convenio del CIADI.

101. La dificultad se plantea con la palabra "lo". Esta palabra se refiere, sin lugar a dudas, a las palabras precedentes "serán sometidas al arbitraje internacional". Sin embargo, cabrían dos interpretaciones. Podría significar:

- (a) Si en el tratado, acuerdo o convenio se prevé el arbitraje internacional, o
- (b) Si en el tratado, acuerdo o convenio se crea la obligación para el Estado de someter las controversias al arbitraje internacional.

<sup>98</sup> En el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define el tratado como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Véase también Jean Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, pág. 1098.

102. Ambas interpretaciones son posibles desde el punto de vista gramatical. En el primer caso, la palabra "lo" se refiere al arbitraje internacional. En el segundo caso, se refiere a la obligación de someter las controversias a arbitraje internacional.

103. En varios casos relativos a declaraciones unilaterales, la Corte Internacional de Justicia decidió que: "no puede basarse en una interpretación puramente gramatical del texto"<sup>83</sup>. Ante a un texto ambiguo y oscuro, que no tiene un significado natural, el Tribunal se encuentra en una situación semejante y debe ahondar su examen.

#### (b) El principio del *effet utile*

104. Al respecto, las Demandantes invocan el principio de *effet utile* (*ut res magis valeat quam pereat*).

105. Sostienen que "[c]uando la Ley de Inversiones fue promulgada en octubre de 1999, Venezuela era ya parte del Convenio del CIADI. Por lo tanto, no serviría propósito alguno promulgar una ley que disponga que las controversias "serán" sometidas al arbitraje CIADI, salvo que la intención fuese que estas palabras indiquen una oferta vinculante de arbitraje"<sup>84</sup>; "bajo la doctrina del *effet utile*, el Artículo 22 debería ser... interpretado como una oferta vinculante por parte de Venezuela al arbitraje CIADI"<sup>85</sup>.

106. La Demandada contradice esta opinión. Sostiene que "[l]a función del Artículo 22 no es establecer nuevos derechos para los inversionistas internacionales, sino reconocer y confirmar los compromisos de la República para someter las controversias al arbitraje internacional de conformidad con sus obligaciones en virtud del tratado"<sup>86</sup>. Dicho reconocimiento y confirmación tienen un *effet utile*.

<sup>83</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. - Excepciones preliminares - ICJ Reports 1982*, pág. 104; *Fisheries Jurisdiction (España v. Canadá) - ICJ Reports 1998*, pág. 454, párrafo 47.

<sup>84</sup> Memorial de contestación, párrafo 143.

<sup>85</sup> Memorial de contestación, párrafo 145.

<sup>86</sup> Réplica, párrafo 59.

107. El Tribunal recuerda que, como lo reconoció la Corte Internacional de Justicia, "el principio de la efectividad cumple una función importante en la ley de los tratados"<sup>87</sup>. Como lo estableció el tribunal en el caso *Eureko v. Polonia*, "[e]s una regla fundamental de la interpretación de los tratados que todas y cada una de las cláusulas de un tratado sean interpretadas como significativas y no sin sentido"<sup>88</sup>. La Corte Internacional de Justicia<sup>89</sup> y los Tribunales del CIADI<sup>90</sup> han aplicado ese principio en varios casos relativos a tratados.

108. Queda por ver si también es aplicable a la interpretación de las declaraciones unilaterales de los Estados, como las ofertas resultantes de la legislación del tipo invocado en el presente caso.

109. Según entiende el Tribunal, esta cuestión no ha sido tratada por los tribunales del CIADI<sup>91</sup>.

110. En cambio, la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una posición al respecto, por lo menos en dos ocasiones, al interpretar el texto de las declaraciones de jurisdicción obligatoria formuladas en virtud del Artículo 36(2) de su Estatuto. En 1952, en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, la Corte reconoció que el principio de *effet utile* "en general debería aplicarse al interpretar el texto de un tratado". Sin embargo, agregó que "el texto de la Declaración Irani no es un tratado resultante de negociaciones entre dos o más Estados. Es el resultado de la redacción

<sup>87</sup> *Fisheries Jurisdiction (España v. Canadá)*, *ICJ Reports 1998*, pág. 455, párrafo 52 (traducción del Tribunal).

<sup>88</sup> *Eureko B.V. v. Polonia*, Laudo parcial y Opinión disidente (19 de agosto de 2005), párrafo 248 (traducción del Tribunal).

<sup>89</sup> Opinión consultiva del 21 de junio de 1971 sobre las consecuencias legales para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia - *ICJ Reports 1971*, pág. 35, párrafo 66; *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua v. Honduras) - Sentencia del 20 de diciembre de 1988*, *ICJ Reports 1988*, pág. 89, párrafo 46.

<sup>90</sup> *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co. v. Argentina* (Decisión sobre las excepciones preliminares), Caso CIADI No. ARB/03/13 (27 de julio de 2006), párrafo 132; y *BP America Production Co. y otros v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/8, párrafo 110; *Salini Contractor S.p.A. e Industriale S.p.A. v. el Reino Hashemita de Jordania* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/02/13 (9 de noviembre de 2004), párrafo 95.

<sup>91</sup> En el caso *SPP v. Egipto*, el Tribunal aplicó el principio de *effet utile* como principio general para la interpretación de la legislación. Véase el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. República Árabe de Egipto* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/84/3 (14 de abril de 1988), párrafo 94. No hace referencia al *effet utile* en su interpretación del texto como declaración unilateral. Véase *id.*, párrafo 107.

unilateral del Gobierno del Irán<sup>109</sup>. En consecuencia, la Corte interpretó la declaración teniendo en cuenta la intención de Irán y no aceptó el argumento británico basado en el principio de *effet utile*<sup>110</sup>.

111. Más recientemente, en 1988, se pidió a la Corte que interpretara una reserva hecha por Canadá respecto de su jurisdicción en una declaración similar. La Corte señaló que "ambas Partes acudieron a ella basándose en el principio de la efectividad". Afirmó que: "[s]in lugar a dudas, a este principio le cabe una función importante que cumplir en la ley de los tratados y la jurisprudencia de esta Corte; sin embargo, lo que hace falta en primer lugar a los efectos de una reserva respecto de una declaración formulada en virtud del Artículo 36(2) del Estatuto es que se interprete de manera compatible con el efecto pretendido por el Estado que formula la reserva"<sup>111</sup>. La Corte no analizó más los argumentos de las Partes basados en el principio de *effet utile*.

112. El Tribunal está de acuerdo con esas decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Por lo tanto, a fin de interpretar el Artículo 22, tendrá en cuenta su contexto, su finalidad y las circunstancias de su preparación para procurar determinar cuál era la intención de Venezuela al aprobar el artículo 22.

113. Sin embargo, ha de agregar que, aunque el principio de *effet utile* fuera aplicable a declaraciones unilaterales, ello no ayudaría para la interpretación del artículo 22.

114. Al respecto cabe recordar que este principio no requiere dar a un texto el efecto máximo. Sólo excluye interpretaciones que tornarían al texto sin sentido, cuando es posible una interpretación significativa. Por lo tanto, en varios casos, la Corte Internacional de Justicia, al interpretar acuerdos o tratados, ha dado un efecto muy limitado al texto que debía interpretar. En

<sup>109</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, ICJ Reports 1952, pág. 16 (traducción del Tribunal).

<sup>110</sup> Los comentarios académicos acerca de esta solución son bastante poco frecuentes. Sin embargo, cabe señalar que en el caso que citó el profesor Beria en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1965, después de analizar la noción en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, agregó lo siguiente: "La logique du raisonnement est d'une force suffisante pour que l'on considère sans imprudence que le régime particulier des actes unilatéraux sur ce point est établi". Véase también el estudio de M. Fatiache, *Revue générale de droit international public*, 1952, pág. 593.

<sup>111</sup> *Fixtures Jurisdiction (España c. Canadá)*, ICJ Reports 1998, pág. 455, párrafo 52 (traducción del Tribunal).

el caso relativo a la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, la Corte decidió que el comunicado convenido invocado por Grecia no daba jurisdicción a la Corte. Agregó que "cabe a ambos gobiernos analizar... qué efecto, en su caso, ha de darse a [este texto] en sus esfuerzos ulteriores por llegar a una solución amigable de la diferencia"<sup>112</sup>. En otros tres casos, la Corte debió interpretar tratados bilaterales en los que constaba el siguiente texto: "paz estable y duradera y una amistad sincera" entre los Estados Contratantes, o una fórmula equivalente. Interpretó que esas disposiciones sólo fijaban un "objetivo en vistas del cual deben interpretarse y aplicarse las demás disposiciones del tratado"<sup>113</sup>.

115. En este caso, cabe recordar que el artículo 22 se refiere a tres tipos de tratados.

(a) En primer lugar, menciona al Convenio Constitutivo del OMGI que contiene una cláusula de arbitraje obligatorio. El Tribunal observa que el único efecto posible de esa mención es recordar y confirmar las obligaciones existentes de Venezuela al respecto.

(b) Después se refiere a las controversias que surjan entre Venezuela e inversionistas internacionales, cuyos países de origen tengan vigente con Venezuela un TBI. Al respecto, el Tribunal observa que todos los TBI celebrados por Venezuela antes de la entrada en vigor de la Ley de Inversiones contenían una disposición relativa al arbitraje obligatorio. El texto del artículo 22 recuerda y confirma esos compromisos existentes.

Las Demandantes no niegan eso, pero sostienen que el artículo 22 también podría tener el efecto de disponer el arbitraje obligatorio de las controversias que surjan en virtud de TBI celebrados por Venezuela en el futuro que no contuvieran una disposición al efecto. Sin embargo, dicha interpretación entraña que Venezuela podría en el futuro preferir consentir a la jurisdicción del CIADI en virtud del

<sup>112</sup> *Plataforma continental del mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, ICJ Reports 1978, pág. 44, párrafo 108 (traducción del Tribunal).

<sup>113</sup> *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esa país (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre el fondo del asunto, ICJ Reports 1986, pág. 136, párrafo 273; *Plataforma petrolera (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, ICJ Reports 1996 (III), pág. 814, párrafo 28; *Caso relativo a denuncias de crímenes de asistencia recíproca en asuntos penales (Djibouti c. Francia)*, sentencia del 4 de junio de 2008, párrafos 110-11 (traducción del Tribunal).



artículo 22, sin limitación y reciprocidad algunas, en lugar de celebrar TBI con las cláusulas adecuadas en las que se dispusiera el arbitraje obligatorio. El Tribunal no está convencido de que dicha posibilidad sea realista ni que fuera prevista por Venezuela en 1999.

(c) Por lo tanto, al parecer, en lo que respecta al Convenio Constitutivo del OMGI y los TBI, el único efecto posible del Artículo 22 es recordar y confirmar las obligaciones existentes de Venezuela.

(d) Con respecto a las controversias respecto de las cuales sólo es aplicable el Convenio del CIADI, Venezuela manifiesta que tiene el mismo efecto, en tanto que las Demandantes sostienen que impone obligaciones nuevas a la Demandada. Conforme a la primera interpretación, el artículo 22 tiene un efecto limitado. En cambio, con arreglo a la segunda interpretación, tiene consecuencias de largo alcance. Sin embargo, aún conforme a la primera interpretación, tiene algún efecto, según lo reconoció un Tribunal del CIADI respecto de otra ley interna de ese tipo<sup>119</sup>. No está privado de sentido. En consecuencia, aunque el principio de *offer utile* resultara aplicable a las declaraciones unilaterales (lo que no es así), no sería útil a este Tribunal para la elección entre esas dos interpretaciones.

#### (c) Contexto y finalidad

116. Con respecto al contexto, las Partes primero difieren en cuanto al significado del artículo 1 de la Ley de Inversiones. Las Demandantes manifiestan que el objeto y la finalidad establecidos de la Ley, según consta en el artículo 1, es "proveer a las inversiones y a los inversionistas... de un marco jurídico estable y previsible...". Para avanzar en este objetivo, la ley contiene un catálogo de protecciones y garantías exhaustivas y de largo alcance, que se encuentran en los TBIs modernos... Pero estos derechos dependen potencialmente del mecanismo del Artículo 22 que provee los medios por los cuales estos derechos pueden ser reivindicados en un foro neutral<sup>120</sup>. La disponibilidad de un foro neutral es así el medio crítico

<sup>119</sup> *Brownie Gossif (Tanzania) Ltd v. República Unida de Tanzania* (Laudo), Caso CIADI No. ARB/05/02 (24 de julio de 2008).

<sup>120</sup> Memorial de contestación, párrafo 140.

por el cual se alcanza la finalidad de la Ley de Inversiones. Este es el objeto del Artículo 22, según la interpretación derivada del Artículo 1.

117. La Demandada, por su parte, sostiene que la finalidad de la Ley de Inversiones, como se establece en el Artículo 1, no era la "apertura y liberalización de la economía", sino el "desarrollo nacional"<sup>121</sup>. Observa que la premisa del argumento de las Demandantes consiste en que "el propósito de la Ley de Inversiones no puede ser alcanzado sin el arbitraje CIADI como 'foro neutral'...". Dicho juicio de interpretación no se encuentra reflejado en la Ley<sup>122</sup>.

118. El Tribunal observa que, conforme a lo dispuesto en su Artículo 1, la Ley de Inversiones tiene "por objeto proveer a las inversiones 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, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional".

119. Dichos objetivos son, en términos generales, equiparables a los de los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, y constan en la propia Ley de Inversiones. Por lo tanto, la Ley de Inversiones contiene disposiciones relativas al trato justo y equitativo (artículo 7(1)), la no discriminación (artículo 8), confiscaciones y expropiaciones (artículo 11), que son equiparables a las incluidas en los TBI. Sin embargo, los derechos otorgados de esa manera a los inversionistas internacionales suelen conllevar reservas a fin de no afectar la aplicación del derecho venezolano ni los derechos de los inversionistas de Venezuela. Asimismo, en el artículo 24 de la Ley de Inversiones se especifica que sus disposiciones no impiden la adopción por Venezuela de varias medidas que enumera a los fines de, *inter alia*, la seguridad nacional, la conservación de los recursos naturales, y la integridad y estabilidad del sistema financiero de Venezuela.

120. Por lo tanto, la Ley de Inversiones es, en algunos aspectos, distinta de los TBIs. Asimismo, los TBIs no siempre contienen una cláusula de arbitraje obligatorio. Es cierto que una

<sup>121</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 49.

<sup>122</sup> Réplica, párrafo 57.

cláusula de ese tipo se incluyó en los diecisiete TBI celebrados por Venezuela antes de 1999. Sin embargo, esto no significa que Venezuela estuviera dispuesta a aceptar dicha obligación con Estados con los cuales no hubiera celebrado un TBI. Del artículo 1 y de toda la Ley no puede llegarse a la conclusión de que debe interpretarse que lo dispuesto en el artículo 22 entraña el consentimiento de Venezuela a someter a arbitraje todas las posibles controversias que encuadren en el ámbito del Convenio del CIADI.

121. Las Partes pasan después a discutir las consecuencias que se derivan del hecho de que el artículo 22 esté incluido en el capítulo IV de la Ley, que se titula "Solución de controversias" y contiene tres artículos, a saber, artículos 21 a 23. Las Demandantes sostienen que, si se hubiera dispuesto que el artículo 22 fuese sólo una afirmación abstracta de los principios del arbitraje, no hubiese sido insertado en ese capítulo "entre dos disposiciones llenas de contenido operativo y obligatorio"<sup>107</sup>. La Demandada llega a la conclusión contraria: hace hincapié en que, si Venezuela hubiera pretendido prestar consentimiento unilateral al arbitraje del CIADI en el artículo 22, lo hubiera hecho en fórmulas más claras, como las empleadas en los artículos 21 y 23.

122. El Tribunal opina que no puede extraer ninguna conclusión, en un sentido o en otro, del hecho de que el artículo 22 esté incluido dentro de un capítulo relativo exclusivamente a la solución de controversias. Señala, además, que el artículo 21 se refiere a las controversias entre Estados. Según ese artículo, esas controversias serán, en primer lugar, resueltas por vía diplomática. En el artículo 21 se agrega que, si no se llegase a un acuerdo de esa manera, Venezuela "propiciará" el sometimiento de la controversia a un tribunal arbitral en condiciones que serán acordadas con el otro Estado. El artículo 23 se refiere a los inversionistas no comprendidos en el artículo 22. En él se dispone que: "[c]ualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-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 consecuencia, esos artículos se refieren a controversias distintas de las comprendidas en el artículo 22. En ellos se dispone cierto grado de flexibilidad respecto

<sup>107</sup> Dúplica, párrafo 79.

del recurso a otros tipos de mecanismos de solución de controversias. No pueden ser de ayuda para la interpretación del artículo 22.

123. Las Partes procuran más adelante interpretar la Ley de Inversiones en el contexto más amplio de la actitud de Venezuela frente al arbitraje. La Demandada expresa que "el arbitraje internacional había sido rechazado durante mucho tiempo en Venezuela"<sup>108</sup> y recuerda la "hostilidad histórica"<sup>109</sup> de ese país hacia el arbitraje. Las Demandantes no niegan esto, pero hacen hincapié en que en los años noventa se produjo un "cambio tectónico" a favor del arbitraje internacional<sup>110</sup>.

124. El Tribunal observa en primer lugar que Venezuela tuvo alguna experiencia de arbitraje a fines del siglo XIX y principios del siglo XX que generó hostilidad en este país hacia esta forma de solución de controversias<sup>111</sup>. Esta actitud renuente explica por qué, durante la preparación del Convenio del CIADI, los países de América Latina, incluida Venezuela, expresaron reservas respecto del texto propuesto que, según afirmaban, contravenía sus principios constitucionales<sup>112</sup>. También explica por qué Venezuela firmó el Convenio recién en 1993, casi 30 años después de su aprobación.

125. En ese entonces, las condiciones reinantes en Venezuela se habían tornado más favorables al arbitraje internacional. En 1993, la Demandada ratificó el Convenio del CIADI y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (la "Convención de Nueva York"), así como el Convenio Constitutivo del OMGI. Entre 1991 y 1999, firmó y ratificó diecisiete TBI. Por último, aprobó la Ley de Inversiones de 1999. Sin embargo, aun en ese momento, Venezuela seguía siendo renuente al

<sup>108</sup> Memorial, párrafo 65, nota a pie de página 87.

<sup>109</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 61.

<sup>110</sup> Dúplica, párrafos 104-05; Transcripción de la Audiencia, pág. 123. Véase también Memorial de contestación, párrafo 157.

<sup>111</sup> Los límites de Venezuela con Colombia y la que ahora es la República de Guyana se fijaron en ese momento mediante dos laudos arbitrales favorables a sus naciones vecinas, cuya validez fue objetada. Además, como consecuencia de la intervención militar de Alemania, Italia y el Reino Unido, Venezuela tuvo que aceptar la creación de Comisiones Mixtas encargadas de fijar las indemnizaciones que debían pagarse a los acreedores extranjeros. Esos hechos condujeron a la formulación de la doctrina Drago que prohíbe el uso de la fuerza para la recuperación de las deudas contractuales y la cláusula Calvo en virtud de la cual los inversionistas se comprometen a no pedir la protección diplomática de su Estado de origen.

<sup>112</sup> *History of the ICSID Convention - Volume II(1)*, párrafo 39.

arbitraje contractual en el ámbito público, como lo demuestran la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 y el artículo 151 de la Constitución de 1999.

126. El Tribunal observa que, durante ese período, Venezuela firmó y ratificó varios tratados relativos al arbitraje internacional en materia de inversiones y, sobre todo, celebró muchos TBI. Asimismo, a partir de 1999, Venezuela ha ratificado otros ocho TBI, lo que confirma su voluntad de obligarse en virtud de dichos tratados. Sin embargo, el Tribunal no puede extraer de esta evolución general la conclusión de que Venezuela, al adoptar el artículo 22, tenía la intención de prestar un consentimiento general por anticipado al arbitraje del CIADI en ausencia de un Tratado. Para un Estado, comprometerse en virtud de tratados que crean obligaciones recíprocas es una cosa, y otra es comprometerse unilateralmente sin contrapartida alguna.

#### (d) Antecedentes legislativos

127. Los antecedentes legislativos del artículo 22 podrían proporcionar al respecto información más útil sobre la intención de los redactores de la Ley de Inversiones<sup>123</sup>. Sin embargo, la Ley de Inversiones de 1999 fue dictada por un decreto-ley y, como tal, no fue discutida en el Congreso. Además, no contiene una exposición de motivos. En consecuencia, no tenemos información directa acerca de su preparación.

128. Las Demandantes sostienen que la intención de los redactores era que el artículo 22 fuera una "oferta vinculante de arbitraje CIADI"<sup>124</sup>. Al respecto, en primer lugar se refieren a una declaración pública efectuada por el presidente Chávez un día antes de ser elegido. Empero, en ella el Presidente Chávez sólo declara que Venezuela necesita inversión privada internacional y que no tenía intenciones de nacionalizar nada. Dicha declaración general no es de gran ayuda para la interpretación del artículo 22.

129. Las Demandantes se refieren luego a varios documentos publicados por el Sr. Werner Corrales Leal, "uno de los redactores de la Ley de Inversiones"<sup>125</sup>. En cambio, la

<sup>123</sup> Véase, por ejemplo, *Anglo-Iranian Oil Co. (Reina Unido c. Irán)*, sentencia del 22 de julio de 1952 - *ICJ Reports* 1952, págs. 104-07; *Caso relativo a la plataforma continental del mar Egeo* - Sentencia del 17 de diciembre de 1978 - *ICJ Reports*, págs. 26-43.

<sup>124</sup> Memorial de contestación, pág. 73.

<sup>125</sup> Memorial de contestación, párrafos 135-37.

Demandada hace hincapié en que el Sr. Corrales "no era el legislador"<sup>126</sup> y en que, de cualquier manera, sus declaraciones son malinterpretadas por las Demandantes.

130. El Tribunal observa que, en 1999, el Sr. Corrales era el representante de Venezuela ante la Organización Mundial del Comercio. En una comunicación efectuada en una conferencia sobre el arbitraje en materia de inversiones en el derecho comparado, organizada en abril de 2009 por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas, el Sr. Corrales manifestó que había recomendado en 1999 que el Presidente de Venezuela preparara una ley "que sirviera de marco obligatorio para todos los tratados y negociaciones sobre inversiones". Manifestó que se le encomendó después a él que preparara "términos de referencia para redactar el proyecto de ley y dirigir su preparación". Agregó que la "redacción jurídica" fue encargada a un consultor jurídico del Instituto de Comercio Exterior, el Sr. Gonzalo Capriles<sup>127</sup>.

131. Poco después de que fuera dictada la Ley de Inversiones, el Sr. Corrales, en dos artículos, dio algunas ideas sobre el régimen jurídico de promoción y protección de inversiones en Venezuela. En ellos expresó que, en su "opinión, un régimen aplicable a las inversiones extranjeras, debe dejar abierta la posibilidad de recurrir [unilateralmente] al arbitraje internacional, lo cual hoy es aceptado en casi todo el mundo, bien sea a través del mecanismo consagrado en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) o mediante el sometimiento de la diferencia a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad hoc como el que propone la CNUDMI. En todo caso, debe dejarse claramente establecido que no se podrá recurrir simultáneamente a los tribunales nacionales y al mecanismo de arbitraje o a cualquier otro tipo de procedimiento de arreglo de diferencias. En nuestro caso esta materia está tratada en el Capítulo IV (artículos 21-23)" de la Ley de Inversiones, "en donde se asumen gran parte de los principios comentados"<sup>128</sup>.

132. El Tribunal observa que, en esos artículos, el Sr. Corrales expresó su opinión sobre los principios que, a su juicio, deben incorporarse en todo sistema de arbitraje internacional. Agregó

<sup>126</sup> *Faire Réplica*, párrafo 72.

<sup>127</sup> Ponencia del Ing. Werner Corrales en el evento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje - El Arbitraje en materia de Inversiones en el Derecho Comparado - 28 de abril de 2009 - *Business* - Junio de 2009, págs. 78-80.

<sup>128</sup> La OMC como espacio alternativo, págs. 185-86. La palabra "unilateralmente" no aparece en el primer artículo del 30 de abril de 1999. Se agregó en el segundo artículo en el año 2000.

que "en los Artículos 21 a 23 de la Ley de Inversiones se acepta" "gran parte" de esos principios. No dijo que esto sucediera con todos los principios que defendía ni que los redactores del artículo 22 tuvieran la intención de prestar consentimiento al arbitraje del CIADI cuando no hubiera un TBI.

133. Más aun, al mismo tiempo, el Sr. Juan de Jesús Montilla, entonces Ministro de la Producción y el Comercio, expresó, al contrario, que según la Ley de Inversiones "estos [los casos de controversias o disputas] deberán ser dirimidos en las instancias nacionales o en un marco de reconocimiento a los compromisos que han sido adquiridos en los acuerdos internacionales"<sup>119</sup>.

134. Diez años más tarde, en la mencionada conferencia organizada por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas, los organizadores invitaron al Sr. Corrales a que informara a los asistentes a dicha conferencia acerca de la "intención del redactor" de la Ley. Entonces afirmó que su propósito, en calidad de "corredactor" de la Ley, "era ofrecer de la manera más amplia y clara, la posibilidad del recurso del inversionista al arbitraje internacional, como una oferta unilateral que hacía el Estado venezolano".

135. Esta última afirmación fue hecha en momentos en que el presente procedimiento ya estaba en marcha. No está respaldada por documentos escritos contemporáneos, y las Demandantes no pudieron al Sr. Corrales su comparecencia en el procedimiento en calidad de testigo. El Tribunal no puede concluir sobre la base de dicha declaración que, al aprobar la Ley de Inversiones, Venezuela tuviera la intención de prestar un consentimiento general y por anticipado al arbitraje del CIADI.

136. Ambas partes se remiten después a publicaciones académicas relativas a la Ley de Inversiones. El Tribunal ha examinado cuidadosamente esas publicaciones. Observa que todas ellas fueron escritas después de 2005, en momentos en que ya habían surgido controversias entre Venezuela e inversionistas extranjeros, y que la mayoría de ellas se refieren a procedimientos en tramitación en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela o ante el CIADI. No agregan nada a los argumentos intercambiados por las Partes en el presente caso.

<sup>119</sup> Juan de Jesús Montilla, "La política de atracción de IED en Venezuela, Finanzas, inversión y crecimiento", *Revista Capital*, n.º 59, Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (Mayo-Agosto de 2006).

137. El Tribunal, por último, observa que, al momento de aprobarse la Ley de Inversiones, Venezuela ya había firmado y ratificado diecisiete TBIs, en los que se establecía ya sea que Venezuela daba "su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias" al arbitraje del CIADI o que sus controversias con inversionistas extranjeros "serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al CIADI", o en los que se usaban ambas frases. Se utilizaron palabras equivalentes en algunas leyes nacionales y en los modelos de cláusulas del CIADI. Si hubiera sido la intención de Venezuela prestar su consentimiento por anticipado al arbitraje del CIADI en general, hubiera sido fácil para los redactores del artículo 22 expresar esa intención claramente empleando alguna de esas fórmulas bien conocidas.

138. El Tribunal llega así a la conclusión de que no se ha establecido dicha intención. En consecuencia, partiendo del texto oscuro y ambiguo del artículo 22 no puede llegar a la conclusión de que Venezuela, al aprobar la Ley de Inversiones de 1999, otorgó unilateralmente consentimiento al arbitraje del CIADI para todas las controversias abarcadas por el Convenio del CIADI de manera general. Ese artículo no sirve de base para determinar la competencia del Tribunal en el presente caso.

139. Por último, el Tribunal observa que, según la Demandada, las "Demandantes no dieron su consentimiento a la jurisdicción del CIADI bajo la Ley de Inversiones"<sup>120</sup> y que ellas "no son inversionistas internacionales" conforme a [esa] Ley<sup>121</sup>. Manifiesta que, también por esas razones, el Tribunal carece de competencia en el presente caso. Sin embargo, como el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el artículo 22 no constituye consentimiento a la jurisdicción por parte de Venezuela, no debe adoptar una decisión respecto de las excepciones alternativas a la jurisdicción.

## B. Artículo 9 del TBI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela

140. El 22 de octubre de 1991, el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela firmaron un Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, después de su ratificación por ambas Partes. Ese convenio "se

<sup>120</sup> Memorial, pág. 27.

<sup>121</sup> Memorial, pág. 56.



suscribió en los idiomas castellano, holandés e inglés, siendo los tres textos igualmente auténticos". Sin embargo, en virtud del párrafo 3 del Protocolo suscrito el mismo día, "[e]n el caso de alguna diferencia de interpretación entre los tres textos igualmente auténticos del presente Convenio, se tomará el texto en idioma inglés como referencia".

141. En el párrafo 1 del artículo 9 del TBI se dispone que: "[l]as controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera en virtud del presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión, a fin de ser resueltas mediante arbitraje o conciliación bajo" el Convenio del CIADI. En el artículo 9 se agrega que: "[c]ada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este artículo".

142. Las Demandantes sostienen que el Tribunal tiene jurisdicción en virtud del TBI para entender en el caso. La Demandada niega esto. Recuerda que "[l]as reclamaciones presentadas por las Demandantes surgen de la nacionalización por parte de la República de su subsidiaria indirecta, Cemex Venezuela, S.A.C.A. ("CemVen"), en relación con la restructuración de las principales empresas cementeras de Venezuela en el año 2008". Describe la compleja forma societaria utilizada para esta inversión y sostiene que "las Demandantes, como inversionistas indirectos en CemVen, no tenían inversión alguna en el territorio de Venezuela que diera surgimiento a las obligaciones, supuestamente incumplidas por la República"<sup>122</sup>.

143. La primera Demandante, Cemex Caracas (a veces denominada Cemex Caracas I) fue constituida en 1999 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de Cemex España S.A., que, a su vez, es una subsidiaria indirecta de Cemex S.A.B. de C.V., una empresa mexicana que desarrolla operaciones en todo el mundo.

144. La segunda Demandada, Cemex Caracas II, también fue constituida en los Países Bajos en 2001 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de

<sup>122</sup> Memorial, párrafo 4.

Cemex Caracas. Cemex Caracas II es la propietaria del 100% de una empresa de las Islas Caimán denominada Vencement Investments (Vencement), que, a su vez, es propietaria del 75,7% de Cemex Venezuela (CemVen).

145. La Demandada observa que el artículo 1(b)(iii) del TBI "define 'nacional' abarcando entidades de propiedad de o controladas por ciudadanos o compañías incorporadas bajo las leyes de los Países Bajos o de Venezuela"<sup>123</sup>, y observa que esta es una definición amplia. Agrega que el artículo 1(a) también contiene una definición amplia del término "inversiones" que incluye "todos los tipos de activos". Por lo tanto, admite que las Demandantes, así como Vencement, deben considerarse nacionales holandeses en virtud del TBI<sup>124</sup>. También reconoce que las acciones de propiedad de Vencement en CemVen constituyen una inversión en el sentido del Tratado.

146. Hace hincapié en que, sin embargo, el TBI "no hace referencia alguna al tema de propiedad o control, ya sea 'directo o indirecto', o a la ubicación de las inversiones o la manera en la que las inversiones fueron realizadas"<sup>125</sup>. Por lo tanto, el Tratado "no otorga legitimación activa a nacionales de una Parte Contratante que no tengan por sí mismos una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante. Esos nacionales reciben indirectamente los beneficios del Tratado, porque las entidades que ellos controlan tienen derecho a presentar reclamaciones por las supuestas violaciones a obligaciones de la Parte Contratante en la cual mantienen sus inversiones. Consecuentemente, las Demandantes no deben ser consideradas como partes en el presente procedimiento"<sup>126</sup>.

147. En otras palabras, Venezuela manifiesta que el TBI abarca a las inversiones de nacionales "de" una Parte Contratante realizadas en el territorio de otra Parte Contratante. En el presente caso, las acciones de CemVen son una "inversión de Vencement [que] tiene *ius standi* y el derecho a entablar acciones legales"<sup>127</sup>. No son de propiedad directa de las Demandantes y no pueden considerarse una inversión "de" las Demandantes en el marco del TBI. Como

<sup>123</sup> Memorial, párrafo 31.

<sup>124</sup> Véase Memorial, párrafo 26.

<sup>125</sup> Memorial, párrafo 27.

<sup>126</sup> Memorial, párrafo 43 (énfasis en el original).

<sup>127</sup> Transcripción de la Audiencia, pág. 39.

inversionistas indirectas, las Demandantes no tienen "ius standi para presentar reclamaciones conforme al Tratado Holandés"<sup>128</sup>.

148. Por su parte, las Demandantes recuerdan que la definición de inversiones contenida en el TBI es amplia y no exclusiva. Manifiestan que "el texto del tratado, su contexto, los *travaux préparatoires* y toda la jurisprudencia arbitral unánimemente apoyan la conclusión de que el TBI cubre inversiones indirectas"<sup>129</sup>. Por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción con respecto a la reclamación en virtud del Tratado.

149. El Tribunal observa que, en varias decisiones y laudos del CIADI, se ha analizado la cuestión de las "inversiones indirectas". En la mayoría de los casos, la cuestión fue planteada por el Estado demandado cuando una empresa local era de propiedad de una Demandante o era controlada por ésta a través de otra empresa. Dos cuestiones pueden plantearse entonces. Primero, el tribunal puede tener que decidir si la Demandante tiene *ius standi*. Segundo, tal vez tenga que decidir si la Demandante puede reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la empresa local, y en qué medida puede hacerlo. En esta etapa, este Tribunal sólo encara la primera de las cuestiones mencionadas.

150. El BIT define a las inversiones en el artículo 1(a), cuyo texto es el siguiente:

"A los fines del presente Convenio:

a. El término 'inversiones' comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:

i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos *in rem* sobre todo tipo de activo;

ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;

<sup>128</sup> Réplica, párrafo 49.

<sup>129</sup> Réplica sobre jurisdicción de las Demandantes, párrafo 5.

iii) títulos de dinero, o otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;

iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco ("goodwill") y conocimientos técnicos ("know-how");

v) derechos otorgados bajo el derecho público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales".

151. El Tribunal observa que no hay ninguna referencia expresa a inversiones directas o indirectas en el TBI, sobre todo en el artículo 1(a). También nota que la definición de inversión contenida en ese Artículo es muy amplia. Abarca "todos los tipos de activos" y enumera categorías específicas de inversiones como ejemplos. Una de esas categorías está integrada por "acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas".

152. En un caso similar, *Siemens v. Argentina*, el Tribunal del CIADI observó que "no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el [TBI celebrado entre Alemania y Argentina]. La definición de 'inversión' es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquellas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras 'no exclusiva' antes de referirse a las categorías de inversiones 'particularmente' incluidas. Una de las categorías consiste en 'acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades'. El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas"<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> *Siemens A.G. v. Argentina* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/02/8 (3 de agosto de 2008), párrafo 137.

153. Varios tribunales del CIADI adoptaron la misma solución por los mismos fundamentos. Así sucedió en el caso *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*<sup>151</sup>, que interpretó el TBI celebrado entre Grecia y Georgia, y en el caso *Tzu Yap Shum v. Perú*, en el que se interpretó el TBI celebrado entre Perú y China<sup>152</sup>. Por último, también se observa lo mismo en el caso *Mobil v. Venezuela*, en que se interpretó el TBI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela<sup>153</sup>.

154. La Demandada sostiene que esta jurisprudencia no se encuentra tan arraigada. En respaldo de esta afirmación, se remite al laudo dictado el 21 de abril de 2006 en el caso *Berschader v. la Federación de Rusia*<sup>154</sup>. Sin embargo, en ese laudo, el Tribunal, frente a un texto semejante al del artículo 1(a) expresó que: "el texto del Tratado no excluye, y por lo tanto deja abierta la posibilidad de que una inversión hecha indirectamente por un inversionista en el territorio de la otra Parte Contratante esté comprendida en los términos del artículo 2.1"<sup>155</sup>. Después, el Tribunal interpretó una disposición específica del Tratado relativa a la nacionalidad del intermediario y concluyó que la disposición prohibía inversiones indirectas a través de empresas constituidas en el Estado de origen de los inversionistas (cuestión que no es relevante para el presente caso).

155. La Demandada manifiesta además que, aun cuando un TBI abarque las inversiones indirectas, no por ello los inversionistas indirectos tienen *jus standi*. Hace hincapié en que esta solución está aún más justificada cuando, como en el presente caso, el TBI emplea definiciones amplias de "nacionales" e "inversiones", y por lo tanto permite a los inversionistas directos iniciar fácilmente procedimientos arbitrales.

156. El Tribunal considera que, como lo reconoció la Demandada, las inversiones según se definen en el artículo 1 del TBI podrían ser directas o indirectas. Por definición, una inversión

<sup>151</sup> *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/05/18 (6 de julio de 2007), párrafos 123-24.

<sup>152</sup> *Tzu Yap Shum v. República del Perú* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/07/6 (19 de junio de 2009), párrafos 106-11 (en que el Tribunal basó su decisión en el texto del artículo 1 del TBI, la intención de las Partes de promover y proteger las inversiones, y la falta de una limitación expresa en el Tratado).

<sup>153</sup> *Mobil Corporation y otros v. República Bolivariana de Venezuela* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/07/27 (10 de junio de 2010), párrafos 162-66.

<sup>154</sup> *Berschader v. la Federación de Rusia* (Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. 380/2004).

<sup>155</sup> *Id.*, párrafo 137 (traducción del Tribunal).

indirecta es una inversión hecha por un inversionista indirecto. Como el TBI abarca las inversiones indirectas, los inversionistas indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones del Tratado con respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos.

157. El Tribunal observa también que cuando en el TBI se mencionan las inversiones "de" nacionales de la otra Parte Contratante, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones. Análogamente, cuando en el TBI se menciona a las inversiones hechas "en" el territorio de una Parte Contratante, todo lo que exige es que el lugar en que se realice la misma inversión se encuentre en ese territorio. Ello no entraña que esas inversiones deban ser hechas "directamente" en dicho territorio.

158. Por lo tanto, como lo reconocieron varios tribunales arbitrales en casos similares, las Demandantes tienen *jus standi* en el presente caso. No puede hacerse lugar a la excepción presentada por la Demandada a la jurisdicción del Tribunal en virtud del TBI.

### C. Costas del procedimiento

159. Por último, el Tribunal no dicta en este momento ninguna resolución con respecto a las costas del procedimiento y reserva su decisión para una etapa posterior del arbitraje.

## IV. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

160. Por las razones que anteceden, el Tribunal por unanimidad decide:
- Que tiene competencia sobre las reclamaciones presentadas por Cemex Caracas y Cemex Caracas II en tanto las mismas estén basadas sobre los supuestos incumplimientos del Acuerdo sobre la Promoción y Protección de Inversiones celebrado el 22 de octubre de 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela;
  - Que no tiene competencia bajo el Artículo 22 del Decreto venezolano No. 356 de Promoción y Protección de Inversiones de 3 de octubre de 1999;
  - Que va a emitir la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(4), y
  - Que reserva todas las cuestiones relacionadas con los costos y gastos del Tribunal y con los costos de las Partes para ser decididos posteriormente.

[Firma]  
Juez Gilbert Guillaume  
Presidente del Tribunal

[Firma]  
Profesor Georges Abi-Saab  
Árbitro

[Firma]  
Sr. Robert B. von Mehren  
Árbitro

## 8.

## Laudo Panel Arbitral *ad hoc* Nova Scotia Power *versus* Venezuela



EN EL CASO DE UN ARBITRAJE BAJO EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE CANADÁ Y LA REPÚBLICA DE VENEZUELA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES, FIRMADO EL 1 DE JULIO DE 1996 (EL "TRATADO" O EL "TBI CANADÁ-VENEZUELA")

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI

- entre -

NOVA SCOTIA POWER INCORPORATED (CANADÁ)

(la "Demandante")

- y -

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

(la "Demandada," y conjuntamente con la Demandante, las "Partes")

---

### Laudo sobre Jurisdicción

---

#### TRIBUNAL ARBITRAL

Profesor Juan Fernández-Armesto (Presidente)  
D. John Beechey  
Profesor Philippe Sands QC

Registro:

Corte Permanente de Arbitraje  
(Martín Doe)

Asistente Administrativa:

Deva Villanúa Gómez

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 2 de 55

# ÍNDICE

I. LAS PARTES	3
II. EL TRIBUNAL	4
III. ANTECEDENTES PROCESALES	5
IV. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA DISPUTA	9
V.1 EL TRATADO	10
V.2 EL REGLAMENTO DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO	10
V.3 EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE (MECANISMO COMPLEMENTARIO)	12
VI. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES	14
VI.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XII(4) DEL TRATADO Y EL SIGNIFICADO DE "DISPONIBLE"	14
A. La Demandada	14
B. La Demandante	17
VI.2 DISPONIBILIDAD DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO	19
A. La Demandada	19
B. La Demandante	22
VII. TUTELA SOLICITADA POR LAS PARTES	29
VII.1 LA DEMANDADA	29
VII.2 LA DEMANDANTE	29
VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	30
VIII.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XII(4) DEL TRATADO	31
A. La estructura del artículo XII(4)	31
B. El significado de "disponible"	33
VIII.2 DISPONIBILIDAD DEL MECANISMO COMPLEMENTARIO	37
A. Hechos	37
B. ¿Estaba al arbitraje CIADI "disponible" para la Demandante el 1 de octubre de 2008?	38
(i) Tipos de solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario de CIADI	38
(ii) Requisitos para cada tipo de solicitud	39
(a) Aprobación por la Secretaría General	40
(b) Registro de la solicitud	42
(iii) Denegación de acceso al Mecanismo Complementario	44
(a) ¿Surge la disputa directamente de una inversión?	45
VIII.3 ACTOS PROPIOS	48
VIII.4 CONCLUSIÓN	51
IX. DECISIONES	55

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 3 de 55

# I. Las Partes

**La Demandante** Nova Scotia Power Incorporated  
1930 Barrington Street  
Halifax, Nova Scotia  
B3J 3E5  
**Canadá**

*Representada por:* D. C. Mark Baker  
D. Kevin O'Gorman  
D. Anibal Sabater  
Fulbright & Jaworski LLP  
Fulbright Tower  
1301 McKinney, Suite 5100  
Houston, Texas  
77010-3095  
**EE.UU.**

Tel.: +1 713 651 7708  
Fax: +1 713 651 5246  
[mbaker@fulbright.com](mailto:mbaker@fulbright.com)  
[kogorman@fulbright.com](mailto:kogorman@fulbright.com)  
[asabater@fulbright.com](mailto:asabater@fulbright.com)

**La Demandada** República Bolivariana de Venezuela.

*Representada por:* D. Ronald E. M. Goodman  
Dña. Mélida Hodgson  
Foley Hoag LLP  
1875 K Street, N.W., Suite 800  
Washington, D.C.  
20006-1238  
**EE.UU.**

Tel.: +1 202 223 1200  
Fax: +1 202 467 9672  
[rgoodman@foleyhoag.com](mailto:rgoodman@foleyhoag.com)  
[m Hodgson@foleyhoag.com](mailto:m Hodgson@foleyhoag.com)

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 4 de 55

## II. El Tribunal

### Nombrado por la Demandante:

D. John Beechey  
International Chamber of Commerce  
International Court of Arbitration  
38 Cours Albert 1er  
75008 Paris  
Francia

### Nombrado por la Demandada:

Profesor Philippe Sands QC  
Matrix Chambers  
Griffin Building Gray's Inn, London WC1R 5LN  
DX 400 Chancery Lane, London  
Reino Unido

### Nombrado por la autoridad nominadora:

Profesor Juan Fernández-Armesto  
Armesto & Asociados  
General Pardiñas 102  
28006 Madrid  
España

### Autoridad Nominadora (según designación del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje):

D. Jernej Sekolec  
Fuhmannsgasse 14/18  
A-1080 Viena  
Austria

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 5 de 55

## III. Antecedentes Procesales

1. El 1 de octubre de 2008 la Demandante presentó su Notificación de Arbitraje de conformidad con el Tratado, solicitando que "la disputa fuera resuelta bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI" de conformidad con el Artículo XII(4) del Tratado.
2. Mediante su Notificación de Arbitraje la Demandante informó a la Demandada del nombramiento del Dr. Bernard Hanotiau como primer árbitro de este procedimiento. Los principales acontecimientos a partir de ese momento son los siguientes:
3. El 21 de octubre de 2008, la Demandada recusó el nombramiento del Dr. Hanotiau.
4. Mediante carta de fecha 29 de octubre de 2008 la Demandada notificó a la Demandante el nombramiento del Profesor Philippe Sands QC como segundo árbitro en este procedimiento.
5. Mediante carta de fecha 13 de noviembre de 2008 la Demandante recusó el nombramiento del Profesor Sands.
6. El 24 de noviembre de 2008 la Demandante solicitó que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje ("CPA") designara una autoridad nominadora conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI para decidir las recusaciones cruzadas de los co-árbitros nombrados por la Demandante y la Demandada.
7. El 3 de diciembre de 2008, la Demandada objetó a la competencia del Secretario General de la CPA para designar una autoridad nominadora y a la competencia de cualquier tribunal constituido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. La Demandada argumentó que un inversor únicamente puede someter una disputa a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, si ni CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles (Artículo XII(4) del Tratado).
8. El 11 de diciembre de 2008, la Demandante se opuso a las objeciones de la Demandada. La Demandante argumentó que "el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario no está disponible" y que "el Secretario General de CIADI ... no ha aprobado el Acuerdo Arbitral."<sup>2</sup>
9. En el mismo día la Demandada respondió a la carta de la Demandante reiterando las objeciones manifestadas en su carta de 3 de diciembre de 2008.

<sup>1</sup> CEX-7, Notificación de Arbitraje, pág. 2 (traducción libre).

<sup>2</sup> REX-5, p. 2, Carta de D. C. Mark Baker.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 6 de 55

10. El 12 de diciembre de 2008 la CPA designó al Magistrado Peter Tomka como autoridad nominadora, observando que el artículo 21(1) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI dispone que "[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia."
11. El 17 de febrero de 2009 el Magistrado Tomka renunció como autoridad nominadora en este asunto. El 26 de febrero de 2009, tras una solicitud de la Demandante para nombrar a una autoridad nominadora sustituta, el Secretario General de la CPA designó a D. Jermey Sekolec como autoridad nominadora en este asunto a todos los efectos que deriven del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.
12. Mediante carta de fecha 31 de marzo de 2009 la CPA informó a las Partes de las decisiones del Sr. Sekolec sobre las recusaciones del Dr. Hanotiau y del Profesor Sands. La recusación del Dr. Hanotiau se aceptó. La recusación del Profesor Sands se rechazó.
13. El 29 de abril de 2009 la Demandante notificó a la Demandada el nombramiento de D. John Beechey como primer árbitro, en sustitución del Dr. Hanotiau.
14. El 5 de junio de 2009 la Demandante informó al Sr. Sekolec de que los ex-árbitros habían sido incapaces de nombrar a un árbitro presidente dentro del plazo establecido en el artículo 7(3) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y solicitó que éste procediera a nombrar al Árbitro Presidente.
15. El Sr. Sekolec procedió conforme al sistema de lista, de acuerdo con el artículo 6(3)(a) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y, tras el fracaso del sistema de lista, llevó a cabo un proceso adicional para nombrar al árbitro presidente. Tras el fracaso del procedimiento adicional, el Sr. Sekolec procedió a nombrar directamente al Profesor Juan Fernández-Armesto como Árbitro Presidente.
16. El 30 de septiembre de 2009, una vez constituido el Tribunal de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, se celebró una primera audiencia procesal con las Partes y el Tribunal en las dependencias de la CPA en La Haya. En la audiencia procesal, tras discutirlo con las Partes, el Tribunal decidió que se habría de realizar un procedimiento preliminar sobre la interpretación y aplicación del artículo XII(4) del Tratado y sus consecuencias (la "Cuestión Preliminar"), y acordó con las Partes un calendario para la presentación de escritos sobre la Cuestión Preliminar.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 7 de 55

17. Tras discutirlo con las Partes durante la audiencia procesal, el 8 de octubre de 2009, el Tribunal decidió fijar La Haya como lugar del arbitraje.<sup>3</sup>
18. Habiendo concedido una oportunidad a las Partes de presentar sus comentarios a un borrador previo y teniendo en consideración estos comentarios, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 1 el 26 de octubre de 2009, que recogía las reglas procesales que gobernarán este procedimiento y el calendario para la presentación de escritos acordado con las Partes que se seguirá en relación a la Cuestión Preliminar. Además, el Tribunal observó que se reservaría el 1 de febrero de 2010 para una conferencia telefónica con las Partes si una de las Partes así lo solicitaba antes del 18 de enero de 2010.
19. El 29 de octubre de 2009 la Demandada presentó un escrito planteando sus argumentos sobre la Cuestión Preliminar ("Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar") junto con sus documentos probatorios y un dictamen legal del Prof. Dr. August Reinisch ("Dictamen Legal Reinisch").
20. El 17 de noviembre de 2009, tras haber concedido a las Partes la oportunidad de presentar sus comentarios a un borrador y habiendo tenido en cuenta estos comentarios, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 2 que incluía las normas de confidencialidad que gobernarán este arbitraje.
21. El 3 de diciembre de 2009 la Demandante presentó un escrito planteando sus argumentos sobre la Cuestión Preliminar ("Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar") junto con sus documentos probatorios y un dictamen legal del Prof. Dr. Rudolf Dolzer ("Dictamen Legal Dolzer").
22. El 10 de diciembre de 2009, en contestación a una solicitud de la Demandada, el Tribunal concedió a la Demandada una extensión de cinco días para la presentación de su escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar.<sup>4</sup> El 15 de diciembre de 2009, a petición de la Demandante, se le concedió la misma extensión para la presentación de su escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar.<sup>5</sup>
23. El 22 de diciembre de 2009 la Demandada presentó un escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar ("Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar"), contestando a los argumentos desarrollados en el Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, y aportando un segundo dictamen legal

<sup>3</sup> A-1, carta de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.

<sup>4</sup> A-10, carta de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.

<sup>5</sup> A-10 y A-11, cartas de la CPA a las Partes en nombre del Tribunal.



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 8 de 55

del Prof. Dr. August Reinisch ("Segundo Dictamen Legal Reinisch"), así como un dictamen legal adicional de D. Barton Legum ("Dictamen Legal Legum") junto con documentos probatorios.

24. El 18 de enero de 2010 la Demandante presentó un escrito de réplica sobre la Cuestión Preliminar ("Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar"), contestando a los argumentos desarrollados en el Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, y aportando un segundo dictamen legal del Prof. Dr. Rudolf Dolzer ("Segundo Dictamen Legal Dolzer"), así como un dictamen legal adicional de Dña. Ana Palacio ("Dictamen Legal Palacio") junto con documentos probatorios.
25. El 18 de enero de 2010 la Demandante informó al Tribunal de que ésta "considera que los extensos escritos de las partes, y las pruebas que los acompañan, contienen ya todos los elementos necesarios para una decisión sobre la Cuestión Preliminar, sin la necesidad de celebrar una audiencia por teléfono o en persona."<sup>6</sup>
26. El 19 de enero de 2010 la Demandada comunicó al Tribunal que "[v]ista la estricta naturaleza legal de la Cuestión Preliminar y las presentaciones de las Partes [...] Venezuela no cree necesario llevar a cabo la audiencia. [...] No obstante,] Venezuela considera que una conferencia telefónica podría ser muy útil."<sup>7</sup>
27. El 15 de febrero de 2010 el Tribunal informó a las Partes de que "[t]ras haber considerado los escritos de las Partes que trataban la Cuestión Preliminar, y teniendo en cuenta los comentarios de las Partes ..., el Tribunal no ve necesidad de celebrar ni una conferencia telefónica ni una audiencia con las Partes sobre la Cuestión Preliminar."
28. Por consiguiente, el Tribunal procedió a decidir sobre la Cuestión Preliminar con base en las alegaciones escritas presentadas por las Partes.

<sup>6</sup> C-10, carta de la Demandante al Tribunal.

<sup>7</sup> R-13, carta de la Demandada al Tribunal.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 9 de 55

#### IV. Consideraciones iniciales sobre la disputa

29. La Demandante presenta una reclamación bajo el Tratado y describe su reclamación del siguiente modo:

The dispute is in connection with certain measures by Venezuela (including its integral parts, instrumentalities, agencies, and continent subdivisions) ("Venezuela's Measures") which are in breach of the Treaty and comprise, but are not limited to, the following:

- (i) Venezuela's decision to unilaterally and unlawfully suspend and/or cancel, as of December 27, 2007, coal supplies owed to Nova Scotia Power under a Coal Supply Agreement of October 18<sup>th</sup>, 2005 (along with confirmation letters, transactions, and related documents, the "CSA"), entered into by Nova Scotia Power and Guasare Coal International N.V. ("Guasare"), an enterprise controlled by Venezuela [...]; and
  - (ii) Venezuela's unlawful attempt to impose a mandatory renegotiation of the CSA.<sup>8</sup>
30. En la Orden Procesal N° 1 el Tribunal decidió que habría un procedimiento preliminar en relación con la interpretación y aplicación del artículo XII(4) del Tratado y sus consecuencias.

<sup>8</sup> CEX-7, Notificación de Arbitraje, pág. 2 [original en inglés].

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 10 de 55

## V. Disposiciones legales relevantes

### V.1 El Tratado

#### 31. El artículo XII(4) del Tratado prevé lo siguiente:

La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:

- El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contratante del inversor sean partes del CIADI; o
- las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

### V.2 El Reglamento del Mecanismo Complementario

#### 32. Los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario disponen lo siguiente:

##### Artículo 2 Mecanismo Complementario

Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

- procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;
- procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y
- procedimientos de comprobación de hechos.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 11 de 55

La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante el Mecanismo Complementario.

[...]

#### Artículo 4

##### Acceso al Mecanismo Complementario con respecto a los procedimientos de conciliación y arbitraje sujetos a la aprobación del Secretario General

(1) Cualquier acuerdo en el que se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario con respecto a diferencias existentes o futuras requiere la aprobación del Secretario General. Las partes pueden solicitar dicha aprobación en cualquier momento antes de la iniciación del procedimiento, presentando al Secretariado una copia del acuerdo celebrado o que ellas se propongan celebrar, junto con los demás documentos pertinentes y cualquier información adicional que el Secretariado razonablemente pueda solicitar.

(2) En el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(a), el Secretario General dará su aprobación solamente (a) si a su juicio se han cumplido los requisitos de esa disposición y (b) si ambas partes aceptan la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieran cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personarum* de dicho Artículo.

(3) En el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(b), el Secretario General dará aprobación solamente si a su juicio (a) se han cumplido los requisitos de esa disposición y (b) la transacción de que se trata tiene características que la distinguen de una transacción comercial ordinaria.

(4) Si en el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(b) se han cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personarum* del Artículo 25 del Convenio y a juicio del Secretario General es probable que la Comisión de Conciliación o el Tribunal de Arbitraje, según sea el caso, sostengan que la diferencia surge directamente de una inversión, el Secretario General puede condicionar su aprobación de la solicitud a que ambas partes convengan en someter cualquier diferencia en primera instancia a la jurisdicción del Centro.

(5) Tan pronto como sea posible, el Secretario General notificará a las partes su aprobación o desaprobación del acuerdo de las partes. El Secretario General puede mantener conversaciones con las partes o invitarlas a una reunión con los funcionarios del Secretariado, ya sea a solicitud de ellas o por su propia iniciativa. El Secretario General, a solicitud de las partes o de cualquiera de ellas, mantendrá con carácter confidencial cualquiera o toda la información que le haya sido proporcionada por dicha parte o partes en relación con las disposiciones de este Artículo.

(6) El Secretario General inscribirá su aprobación de un acuerdo en virtud de este Artículo, junto con los nombres y direcciones de las partes, en un registro que con tal objeto se mantendrá en el Secretariado.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 12 de 55

### V.3 El Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)

33. Las disposiciones relevantes del Anexo C del Reglamento del Mecanismo Complementario (el "Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)") son las siguientes:

#### Artículo 2 Solicitud

(1) Cualquier Estado o nacional de un Estado que desee incoar un procedimiento de arbitraje enviará a tal efecto una solicitud escrita al Secretariado, a la sede del Centro. La solicitud será redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y será firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado.

(2) La solicitud podrá ser presentada conjuntamente por las partes en la diferencia.

#### Artículo 3 Contenido de la solicitud

- (1) La solicitud deberá:
  - (a) indicar de manera precisa la identidad de cada parte en la diferencia y su respectiva dirección;
  - (b) especificar las disposiciones pertinentes que compongan el acuerdo de las partes para someter la diferencia a arbitraje;
  - (c) indicar la fecha de la aprobación otorgada por el Secretario General, de conformidad con el Artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario, al acuerdo de las partes en que se estipule el acceso al Mecanismo Complementario;
  - (d) contener información relativa a las cuestiones controvertidas y una indicación de la cantidad de que se trate, si la hubiere; e
  - (e) indicar, si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud.
- (2) La solicitud podrá contener además cualesquiera estipulaciones acordadas por las partes con respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento, así como cualesquiera otras estipulaciones relativas al arreglo de la diferencia.
- (3) Se adjuntarán a la solicitud cinco copias adicionales firmadas y el derecho prescrito de conformidad con la regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro.

#### Artículo 4 Registro de la solicitud

Tan pronto como el Secretario General determine que a su juicio la solicitud se ajusta en su fondo y forma a las disposiciones del

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 13 de 55

Artículo 3 de este Reglamento, inscribirá dicha solicitud en el Registro de Arbitraje (Mecanismo Complementario) y enviará a las partes el mismo día una notificación del acto de registro. El Secretario General enviará también una copia de la solicitud y de la documentación anexa (si la hubiere) a la otra parte en la diferencia.

Lauda sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 14 de 55

## VI. Resumen de las posiciones de las Partes

34. La Cuestión Preliminar ha sido extensamente desarrollada por las Partes. La Demandada presentó su Escrito sobre la Cuestión Preliminar, fechado 29 de octubre de 2009, al que respondió la Demandante mediante su Escrito sobre la Cuestión Preliminar fechado 3 de diciembre de 2009; La Demandada presentó su Escrito de Réplica sobre la Cuestión Preliminar, fechado 22 de diciembre de 2009, al que respondió la Demandante mediante su Escrito de Dúplica sobre la Cuestión Preliminar fechado 18 de enero de 2010. Como adjuntos a estos escritos se aportaron un número significativo de documentos, incluyendo varios informes periciales a través de dictámenes legales y declaraciones. Lo que sigue es un resumen de las posiciones de las Partes sin perjuicio de los argumentos completos de las Partes tal y como han sido presentados en sus escritos, incluyendo los documentos probatorios y los informes periciales que el Tribunal ha tomado en consideración al tomar sus decisiones.

### VI.1 Interpretación del artículo XII(4) del Tratado y el significado de "disponible"

#### A. La Demandada

35. La Demandada argumenta que, de conformidad con el lenguaje llano del Tratado, un inversor puede someter una controversia a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI sólo si el arbitraje bajo CIADI o el Mecanismo Complementario no están "disponibles". La Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch<sup>11</sup>, para argumentar que la interpretación del Tratado está gobernada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "Convención de Viena") y, en particular, por su artículo 31(1). La Demandada alega que los medios complementarios de interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena sólo están disponibles si el sentido corriente resultara ambiguo.
36. La Demandada alega que "[n]o puede haber otra conclusión al leer el Artículo XII(4) del Tratado, más que entender que su significado natural y corriente establece una jerarquía para la sumisión de controversias – primero al CIADI, si las condiciones indicadas en el subpárrafo (a) se cumplen, luego al Mecanismo Complementario si las condiciones en el subpárrafo (b) se cumplen. Sólo después – 'en caso de que ni uno ni otro' de esos dos procedimientos estén 'disponibles,' puede el inversionista iniciar un arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI."<sup>12</sup> La

<sup>11</sup> Dictamen Legal Reinisch, § 2.

<sup>12</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 14.

Lauda sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 15 de 55

Demandada afirma que el sentido corriente de las versiones española y francesa confirman la versión en lengua inglesa así como su interpretación.<sup>13</sup>

37. La Demandada argumenta, además, que las cláusulas de arbitraje en otros tratados bilaterales de inversión ("TBIs") firmados por Canadá y Venezuela, respaldan el argumento de la Demandada de que el Tratado establece un esquema jerárquico de foros arbitrales. La gran mayoría de los actuales TBIs de la Demandada establecen que el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI sólo está disponible si ni CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles, mientras que sólo cuatro TBIs (dos de los cuales todavía no están en vigor) permiten al inversor elegir el foro arbitral internacional sin ninguna jerarquía.<sup>14</sup>
38. La gran mayoría de los TBIs firmados por Canadá concede al inversor la opción de elegir someter la controversia tanto ante CIADI, como ante el Mecanismo Complementario o ante un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.<sup>15</sup> El hecho de que no se incluyera en el Tratado una disposición semejante "demuestra que Venezuela y Canadá específicamente negociaron una cláusula que adoptaba la formulación típica de Venezuela a diferencia de las formulaciones de Canadá."<sup>16</sup>
39. La Demandada alega que la Demandante ha reconocido que una lectura de buena fe del artículo XII(4) del Tratado requiere que el inversor presente, al menos en primera instancia, el arbitraje ante el Mecanismo Complementario.<sup>17</sup> No obstante, la Demandada considera que la Demandante se basa en "definiciones imaginativas de 'disponible' y en explicaciones novedosas del funcionamiento del Mecanismo Complementario" para argumentar que el Mecanismo Complementario no estaba "disponible."<sup>18</sup>
40. La Demandada afirma que la definición de la Demandante de "disponible" en el artículo XII(4) del Tratado (i.e., "listo para su uso inmediato," y "con una perspectiva sólida de éxito") es estrecha y sin fundamento. Según la Demandada el sentido corriente de "disponible" es "accesible," "obtenible," "alcanzable," "asequible," "capaz de producir el resultado deseado," o "dentro de su alcance." La

<sup>13</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 15; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 17-18.

<sup>14</sup> REX-11, Tabla de Tratados Bilaterales de Inversión de Venezuela.

<sup>15</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 24-25 y pie de página 33.

<sup>16</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 26.

<sup>17</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 9-10.

<sup>18</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 10.



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 16 de 55

Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch y a la definición que se encuentra en el *Shorter Oxford Dictionary*,<sup>17</sup> y hace notar que las definiciones de diccionario citadas por la Demandante apoyan el análisis de la Demandada.<sup>18</sup> La Demandada alega que el uso por la Demandante de una definición de "disponible" como "presente o listo para su uso inmediato" es inapropiada porque, tal y como explica el propio diccionario, la idea de que "disponible" significa "listo para el uso inmediato" se refiere a recursos, no a mecanismos de resolución de controversias.<sup>19</sup>

41. La Demandada afirma que, de aceptar la definición de la Demandante de "disponible", se produciría un resultado absurdo. Si se aceptara la opinión de la Demandante de que el Mecanismo Complementario no está "listo para su uso inmediato" porque se deben cumplir ciertos requisitos procesales, entonces ningún foro arbitral estaría disponible porque las partes siempre deben llevar a cabo algunos trámites procesales en aras de iniciar un procedimiento.<sup>20</sup> La Demandada afirma que ninguno de los tratados en los que se apoya la Demandante definen ni explican el término "disponible" y eso que vienen de contextos diferentes.<sup>21</sup> La Demandada alega que la Demandante distorsiona un pasaje sobre recursos internos del tratado del Sr. Paulsson sobre denegación de justicia que versa sobre si los mecanismos de resolución de controversias deben considerarse disponibles cuando es improbable que prosperen.<sup>22</sup> Según la Demandada, este tratado, de hecho, respalda la idea de que los inversores deben llevar a cabo esfuerzos razonables antes de concluir que los recursos internos no están disponibles.<sup>23</sup>
42. La Demandada observa que la Demandante alega, en el contexto de la disponibilidad de CIADI, que no está "disponible" porque no se cumplen los requisitos *ratione personae* del artículo 25(1) de la Convención de CIADI. Según la Demandada, la Demandante "no menciona, sin embargo, que estos requisitos *ratione personae* son los mismos requisitos mencionados expresamente en el artículo XII(4) del Tratado para determinar la 'disponibilidad' del CIADI y del

<sup>17</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 11; REX-9, *Shorter Oxford English Dictionary*.

<sup>18</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 12.

<sup>19</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 13-14.

<sup>20</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 15.

<sup>21</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 20-27, 30-31.

<sup>22</sup> CEXL-12, Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pág. 130.

<sup>23</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 28.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 17 de 55

Mecanismo Complementario.<sup>24</sup> Por lo tanto, se debe dar el mismo sentido a "disponible" en el contexto del Mecanismo Complementario.

43. Finalmente, la Demandada rechaza el argumento de la Demandante de que el objeto y fin del Tratado requieren, por defecto, una interpretación del artículo XII(4) a favor de un inversor. A este respecto la Demandada se refiere al Dictamen Legal Reinisch.<sup>25</sup>

#### B. La Demandante

44. La Demandante alega que el artículo XII(4) del Tratado contiene la oferta firme de la Demandada de resolver las controversias relacionadas con el Tratado bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, siempre y cuando CIADI y el Mecanismo Complementario no estén disponibles.
45. Según la Demandante, el Tratado no exige que la Demandante haga que el Mecanismo Complementario esté disponible, ni tampoco contempla el Reglamento del Mecanismo Complementario la posibilidad de que la Demandante haga que el Mecanismo Complementario esté disponible sin la colaboración activa de la Demandada, lo que no ha ocurrido.<sup>26</sup> La Demandante alega que la Demandada no contestó de manera oficial a la Notificación de Controversia<sup>27</sup> que planteaba la posibilidad de llevar este caso al Mecanismo Complementario o a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.<sup>28</sup>
46. La Demandante afirma que la falta de colaboración de la Demandada no se debió a la falta de conocimiento o entendimiento del Tratado ya que (1) la Demandada ya ha participado en otros casos ante el Mecanismo Complementario bajo el Tratado; (2) la Demandada, como miembro de CIADI, ha redactado y promulgado el Reglamento del Mecanismo Complementario; y (3) la Demandada fue uno de los autores, junto con Canadá, de los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Tratado.<sup>29</sup>
47. La Demandante también subraya el hecho de que el idioma utilizado en el artículo XII(4) del Tratado es "podrá" — por lo tanto opcional — mientras que en

<sup>24</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 32.

<sup>25</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 87-93; Segundo Dictamen Legal Reinisch, §§ 48, 59-65.

<sup>26</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 7.

<sup>27</sup> CEX-6, Notificación de Controversia.

<sup>28</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 7.

<sup>29</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 8.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 18 de 55

otros tratados la palabra utilizada es "será sometida"<sup>38</sup> – por lo tanto obligatorio.<sup>39</sup> La Demandante también alega que estas diferencias demuestran que no existe una "formulación típica" entre los tratados de la Demandada. La Demandante afirma que "[l]as Partes Contratantes en el BIT Canadá-Venezuela apreciaron claramente la distinción entre el lenguaje imperativo y el lenguaje permisivo."<sup>40</sup>

48. En relación con el sentido de "disponible" en el artículo XII(4) del Tratado, la Demandante alega que Canadá y Venezuela han consentido incondicionalmente a que las disputas relacionadas con el Tratado se sometan a arbitraje. En cuanto al foro, la Demandante afirma que un inversor tiene derecho a iniciar el procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si CIADI y el Mecanismo Complementario no están disponibles. Dado que el Tratado no define el sentido de "disponible", la interpretación debe seguir el enfoque dispuesto en la Convención de Viena.<sup>41</sup> La Demandante se apoya en una opinión del Profesor Rudolf Dolzer que argumenta que el sentido corriente debe ser el criterio dominante y que debe aplicarse con preferencia sobre cualquier otro criterio.<sup>42</sup> La Demandante cuestiona la afirmación de que la Convención de Viena requiera referirse al lenguaje de otros tratados como un método relevante de interpretación.<sup>43</sup>

49. Según la Demandante, el sentido corriente de "disponible" es que algo está "presente o listo para su uso inmediato"<sup>44</sup> o "algo con una perspectiva sólida de éxito."<sup>45</sup> La Demandante cita varios tratados que, supuestamente, utilizan "disponible" en ese sentido, p. ej., "esfuerzos razonables para agotar los recursos disponibles para ejecutar el laudo,"<sup>46</sup> y se refiere a doctrina que está de acuerdo en que "cuando el término es usado en este contexto, los mecanismos de solución de controversias que tienen pocas probabilidades de éxito deben ser considerados como

<sup>38</sup> CEXL-17, Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; CEXL-18, Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República de Venezuela.

<sup>39</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 59-60.

<sup>40</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 61-62.

<sup>41</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 16.

<sup>42</sup> CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, § 20.

<sup>43</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 19.

<sup>44</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 21; CEXL-6, *Merriman-Wheatley v. Colgate*, Dictionary, 11 ed.

<sup>45</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 22-25.

<sup>46</sup> CEXL-11, Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, *Contrato Modelo de Garantía de Inversiones de Renta Variable*.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 19 de 55

no disponibles."<sup>48</sup> La Demandante también se apoya en el Dictamen Legal Dolzer que entiende que un mecanismo de resolución de controversias como el arbitraje ante el Mecanismo Complementario no puede considerarse "disponible" cuando existe una "duda razonable" sobre si se permitirá a las partes utilizarlo.<sup>49</sup>

50. La Demandante concluye que, de acuerdo con el sentido corriente del término "disponible", CIADI y el Mecanismo Complementario sólo pueden considerarse "disponibles" cuando están "inmediatamente listos para ser usados" o cuando hay "una perspectiva razonable de que se otorgará el acceso a los mismos."<sup>50</sup> La Demandante alega que los otros criterios dispuestos en el artículo 31(1) de la Convención de Viena, i.e., el objeto y fin del Tratado y la buena fe, amparan una interpretación amplia de los términos del Tratado y una preferencia por una mayor protección del inversor. Por consiguiente, cualquier ambigüedad sobre la interpretación del Tratado debería resolverse a favor del inversor.<sup>51</sup>

## VI.2 Disponibilidad del Mecanismo Complementario

### A. La Demandada

51. La Demandada alega que, al contrario que CIADI, el Mecanismo Complementario está disponible y, consecuentemente, la Demandante está obligada a someter la controversia bajo ese Reglamento. La Demandada es miembro de CIADI y los requisitos *ratione personae* se cumplen. Por consiguiente, el Mecanismo Complementario está disponible conforme al artículo XII(4)(b) del Tratado.
52. La Demandada reconoce que el acceso al Mecanismo Complementario está sujeto a la aprobación de la Secretaría General como exige el artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario. A pesar de que la aprobación no es automática, la Demandada alega que se puede obtener con facilidad, sujeta únicamente a la solicitud de aprobación por parte de la Demandante y al cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>52</sup> Para respaldar esta opinión, la Demandada se refiere al Sr. Barton Legum (Dictamen Legal Legum).<sup>53</sup>

<sup>48</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 24.

<sup>49</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 24; CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, § 22.

<sup>50</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 20.

<sup>51</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 89-95.

<sup>52</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 33-38.

<sup>53</sup> Dictamen Legal Legum, §§ 26-29.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 20 de 55

53. En contra de la posición de la Demandante, la Demandada afirma que la aprobación de una solicitud para acceder al Mecanismo Complementario puede ser solicitada antes, o junto con, la Solicitud de Arbitraje, y que en la práctica la solicitud de aprobación se presenta casi siempre junto con la Solicitud de Arbitraje.<sup>45</sup> La Demandada alega que el Reglamento del Mecanismo Complementario no exige que las partes soliciten la aprobación conjuntamente. Esto se refleja en una carta de la actual Secretaria General de CIADI que se refiere a la posibilidad de que sólo una de las partes solicite la aprobación.<sup>46</sup> La Demandada, además, se refiere a los artículos 2(1) y (2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que indican que la solicitud se puede presentar por "cualquier Estado o nacional" y que la solicitud "podrá ser presentada conjuntamente por las partes en la diferencia." El Dictamen Legal Legum afirma que "[j]amás se realizó una solicitud conjunta en las causas en que participé como abogado representante en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI."<sup>47</sup>
54. La Demandada rechaza el argumento de la Demandante de que hay dos tipos de solicitudes de aprobación. Según la Demandada, el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario prevé dos categorías de procedimientos. Sin embargo, en ninguna parte del Reglamento del Mecanismo Complementario ni en la página web de CIADI aparece una referencia a la existencia de dos tipos de solicitudes, ni tampoco existe un requisito de que el demandado esté de acuerdo con cómo caracteriza su solicitud el demandante. La Demandada afirma que el único acuerdo necesario, es un acuerdo para arbitrar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, que se da en este caso dado que la Demandante ha aceptado la oferta de la Demandada conforme al Tratado.<sup>48</sup>
55. La Demandada afirma que el mero requisito de solicitar la aprobación de la Secretaria General no conlleva que el Mecanismo Complementario no esté disponible. Cualquier otra interpretación comportaría que la disposición del artículo XII(4)(b) del Tratado fuese irrelevante. De aceptarse el argumento de la Demandante "el Mecanismo Complementario nunca estaría disponible."<sup>49</sup>

<sup>45</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 39-41; Dictamen Legal Legum, §§ 20-22.

<sup>46</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 42-43; REX-19, Carta de la Secretaria General Meg Kinnear.

<sup>47</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 44-46; Dictamen Legal Legum, §§ 24-25.

<sup>48</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 47-52.

<sup>49</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 31.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 21 de 55

56. Es más, hay controversias bajo el Tratado que ya han sido presentadas a arbitraje y aprobadas por la Secretaria General bajo el Mecanismo Complementario, incluyendo una el 28 de octubre de 2004. Por lo tanto, "el hecho de que la misma disposición de este mismo Tratado se haya aprobado ya en otra controversia entre un inversionista canadiense y Venezuela es un fuerte respaldo para la probable disponibilidad del Mecanismo Complementario para esta controversia."<sup>50</sup> Consecuentemente, no tener una previa aprobación de la Secretaria General, no indica que el Mecanismo Complementario no estuviera disponible, dado que la Demandante nunca presentó una solicitud de aprobación. El Reglamento del Mecanismo Complementario y la página web de CIADI proporcionan instrucciones detalladas sobre cómo solicitar la aprobación de la Secretaria General, así como los criterios específicos que deben tomarse en consideración. La afirmación de la Demandante de que el Mecanismo Complementario es el "agujero negro" del CIADI, el cual no se le describe al inversionista en los documentos públicos disponibles<sup>51</sup> es incorrecta. La Demandada observa que "el Secretario General ha aprobado 26 solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario que ha recibido desde el inicio del foro."<sup>52</sup>
57. La Demandada alega que el Mecanismo Complementario estaba "listo para su uso inmediato." Según la Demandada, una solicitud de aprobación no exigía la colaboración de la Demandada, y era la Demandante quien debía solicitar la aprobación a la Secretaria General de CIADI. La Demandada afirma que no tenía obligación de contestar a la Notificación de Controversia de la Demandante y ésta podría haber solicitado la aprobación sin el apoyo de la Demandada.<sup>53</sup> La Demandada concluye que el Mecanismo Complementario estaba disponible inmediatamente; la Demandante sólo tenía que presentar junto con su Solicitud de Arbitraje, una copia del Tratado y una solicitud de acceso al Mecanismo Complementario.<sup>54</sup> Una solicitud para el uso del Mecanismo Complementario tenía una "altísima probabilidad de éxito", ya que el día que la Demandante presentó su solicitud de arbitraje CNUDMI, el Mecanismo Complementario estaba disponible *ratione personarum*.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 32.

<sup>51</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 35.

<sup>52</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 40.

<sup>53</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 53-58.

<sup>54</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 60-65.

<sup>55</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 67.

Laudó sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 22 de 55

58. Las Partes no tenían que presentar una solicitud conjunta ni tenían que estar de acuerdo sobre en qué categoría de las disputas descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario entraría el procedimiento. La Demandada hace referencia al caso *Vannessa Ventures*,<sup>56</sup> que surge del mismo Tratado y fue presentado ante el Mecanismo Complementario, y en el que la Demandada ha cuestionado la afirmación de *Vannessa Ventures Ltd.* de que su disputa surge de una inversión.<sup>57</sup>
59. Según la Demandada en el caso *Vannessa Ventures*, la demandante solicitó la aprobación de acceder al arbitraje contra Venezuela bajo el Mecanismo Complementario de acuerdo con lo previsto en el Tratado, junto con su Solicitud de Arbitraje. Tras una solicitud de la Secretaría General dirigida a *Vannessa Ventures Ltd.* para que aportara información adicional, y una carta de la Procurador General de Venezuela alegando que la demandante no había cumplido los requisitos (a la que respondió y se opuso *Vannessa Ventures Ltd.*), la Secretaría General de CIADI aprobó la solicitud de acceso al Mecanismo Complementario de *Vannessa Ventures Ltd.*<sup>58</sup> La Demandada también menciona un segundo caso bajo el Tratado que ha obtenido la aprobación para acceder al Mecanismo Complementario.<sup>59</sup>
60. Finalmente, la enmienda del artículo 4(6) del Reglamento del Mecanismo Complementario no provoca incertidumbre sobre la posibilidad de éxito de una solicitud de la Demandante para acceder al Mecanismo Complementario.<sup>60</sup>

#### B. La Demandante

61. La Demandante afirma que es un hecho no controvertido que CIADI no está disponible para resolver esta controversia.<sup>61</sup> La Demandante está de acuerdo con que el Reglamento del Mecanismo Complementario dispone los requisitos que guían la determinación sobre cuándo está disponible el Mecanismo Complementario.<sup>62</sup> La Demandante rechaza la opinión de que las instrucciones que

<sup>56</sup> *Vannessa Ventures Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, ("Vannessa Ventures").

<sup>57</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 68-71.

<sup>58</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 72-77.

<sup>59</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 78; REX 25, *Gold Reserve INC. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

<sup>60</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, §§ 79-84.

<sup>61</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 28.

<sup>62</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 6.

Laudó sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 23 de 55

- aparecen en la página web de CIADI tengan relevancia alguna para esta determinación.<sup>63</sup>
62. La Demandante afirma que la Demandada reconoce que cualquier acuerdo para utilizar el Mecanismo Complementario exige la aprobación de la Secretaría General de CIADI y que la Secretaría General de CIADI nunca ha aprobado un acuerdo para utilizar el Mecanismo Complementario en relación con esta disputa.<sup>64</sup> La Demandante rechaza la opinión de que la disponibilidad del Mecanismo Complementario dependa solamente de ser miembro de CIADI.<sup>65</sup>
63. La Demandante critica a la Demandada por haber analizado únicamente cómo la Secretaría General otorga la aprobación en la práctica, absteniéndose de analizar el fondo de los artículos relevantes del Reglamento del Mecanismo Complementario. La Demandante observa que el Tratado y el Reglamento del Mecanismo Complementario deben interpretarse como están escritos, y que las supuestas prácticas invocadas por la Demandante no pueden constituir un acuerdo posterior o práctica en relación con el Tratado y el Reglamento del Mecanismo Complementario en el sentido del artículo 31(3) de la Convención de Viena. No son relevantes para la interpretación de estos textos y deben ser ignoradas.<sup>66</sup>
64. La Demandante considera que las supuestas prácticas deben ser ignoradas porque (1) las prácticas administrativas son irrelevantes y el Tribunal debe mantenerse fiel al texto escrito del Tratado y del Reglamento de Mecanismo Complementario,<sup>67</sup> (2) la Demandada no ha sido capaz de probar las prácticas en las que se apoya,<sup>68</sup> (3) incluso si fuesen relevantes y se probaran, no existiría prueba de estas prácticas disponibles para el público cuando la Demandante inició el procedimiento,<sup>69</sup> y (4) las supuestas prácticas podrían haber cambiado sin previo aviso. La Demandante afirma que la declaración de la actual Secretaría General de CIADI, Dra. Meg Kinnear,<sup>70</sup> no respalda la posición de la Demandada ya que ni siquiera se refiere al proceso de aprobación para el uso del Mecanismo Complementario, sino más bien al proceso

<sup>63</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 33.

<sup>64</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 6.

<sup>65</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 56-64.

<sup>66</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 32; C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 36-50.

<sup>67</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 101-104.

<sup>68</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 105-108.

<sup>69</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 34; C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 109.

<sup>70</sup> REX-19, Carta de la Secretaría General Meg Kinnear.



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 24 de 55

de registro de una solicitud de arbitraje que, bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario y el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), respectivamente, están sujetas a distintos requisitos.<sup>71</sup> La Demandante también rechaza el argumento de la Demandada basado en el hecho de que una disputa que nace del mismo Tratado (i.e., el caso *Famurex Ventures*) ha sido aprobada por la Secretaría General. La Demandante observa que la aprobación de la Secretaría General se otorga caso por caso y sólo si se cumplen los requisitos del Reglamento del Mecanismo Complementario. Es más, la aprobación en un caso previo bajo el mismo tratado no es vinculante.<sup>72</sup>

65. La Demandante alega que, de conformidad con los artículos 2 y 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario, que determinan qué casos pueden acceder al Mecanismo Complementario, el Mecanismo Complementario no estaba disponible para la presente disputa. La Demandante se refiere al Dictamen Legal Dolzer para respaldar esta opinión.<sup>73</sup> La Demandante observa que bajo el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, cualquier acuerdo para arbitrar bajo el Mecanismo Complementario requiere la aprobación de la Secretaría General de CIADI. Contrariamente a la opinión de la Demandada, la Demandante alega que el otorgamiento de dicha aprobación no es automática ni un asunto aparentemente fácil. Según el Reglamento del Mecanismo Complementario, la aprobación sólo se otorga si la Secretaría General comprueba que todos los requisitos se han cumplido.<sup>74</sup> Es más, el Reglamento del Mecanismo Complementario sólo contempla solicitudes de aprobación que se presenten con anterioridad a la iniciación del procedimiento; no es posible someter una solicitud junto con la notificación de arbitraje.<sup>75</sup>

66. La Demandante alega que, de conformidad con el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la aprobación se debe solicitar por "las partes", y que una solicitud unilateral no está permitida. Lo que se requiere es que ambas partes soliciten la aprobación del acuerdo. La Demandada, por lo tanto, debe ser uno de los solicitantes.<sup>76</sup> La Demandante alega que, de cara a obtener la aprobación del acuerdo bajo el Mecanismo Complementario, las partes pueden presentar dos tipos

<sup>71</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 116-120.

<sup>72</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 34, 79-82.

<sup>73</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 9; CEX-3, Dictamen Legal Dolzer.

<sup>74</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 31.

<sup>75</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 35.

<sup>76</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 79-81.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 25 de 55

de solicitudes, una basada en el artículo 2(a), u otra basada en el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario.

67. Bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la Demandante observa que la solicitud debe cumplir tres requisitos: (1) debe referirse a "diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión," (2) la disputa no puede ser "de la competencia del Centro", y (3) ambas partes deben "aceptar la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieran cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personarum* de dicho Artículo." La Demandante concluye, refiriéndose al Dictamen Legal Dolzer, que "ni el Estado demandado adopta la posición de que la controversia no surge de una inversión porque la demandante no es propietaria de una inversión de ese tipo, entonces el acceso al Mecanismo Complementario no puede ser concedido bajo el Artículo 2 (a) del Reglamento del Mecanismo Complementario según está escrito."<sup>77</sup>

68. Bajo el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la Demandante observa que una solicitud debe referirse a "diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión."<sup>78</sup> La Demandante, por lo tanto, concluye que el Reglamento del Mecanismo Complementario requiere que las Partes se pongan de acuerdo sobre si existe una inversión y sobre si la controversia surge de ella, y este acuerdo debe alcanzarse antes de obtener la aprobación de la Secretaría General de CIADI.<sup>79</sup>

69. La Demandante alega que el Mecanismo Complementario no está disponible porque la Secretaría General no había aprobado el acuerdo.<sup>80</sup> Esta opinión se ve confirmada por el hecho de que la Demandada no respondió a la Notificación de Controversia,<sup>81</sup> ni siquiera tras una segunda carta.<sup>82</sup> Según la Demandante, la ausencia de colaboración de la Demandada para obtener la aprobación para utilizar

<sup>77</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 43-44.

<sup>78</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 45.

<sup>79</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 46-47.

<sup>80</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 50-51; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 53-54.

<sup>81</sup> CEX-6, Notificación de Controversia.

<sup>82</sup> CEX-15, Carta del abogado de la Demandante al Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

Laudó sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 26 de 55

el Mecanismo Complementario ha hecho que el Mecanismo Complementario devenga no disponible.<sup>83</sup>

70. La Demandante alega que no podía intentar iniciar el procedimiento arbitral ante el Mecanismo Complementario sola, ya que el lenguaje del Reglamento del Mecanismo Complementario exigía que ambas Partes presentaran la solicitud. La Demandante alega que no sólo no podía solicitar la aprobación unilateralmente, sino que además no estaba obligada a soportar la carga de obtener tal aprobación ya que el Tratado prevé una opción residual que es iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.<sup>84</sup>
71. Según la Demandante, en el caso *Vannessa Ventures* la Demandada ha defendido "casi exactamente la misma posición"<sup>85</sup> que la Demandante adopta en este caso. La Demandante entiende que en *Vannessa Ventures*, la Demandada argumentó que:
  - (a) El Mecanismo Complementario no está disponible si la Secretaría General no ha aprobado su uso antes del comienzo del arbitraje;
  - (b) Cualquier solicitud para el uso del Mecanismo Complementario debe ser presentada por "las partes" (plural);
  - (c) El Reglamento del Mecanismo Complementario no puede utilizarse si el demandado objeta a la existencia de la inversión alegada por el demandante.<sup>86</sup>

Como se observa anteriormente, la Demandante alega que en el caso *Vannessa Ventures* la Demandada adoptó la posición actual de la Demandante.<sup>87</sup> Es más, la Demandante observa que la Demandada manifestó en una comunicación enviada en relación con ese procedimiento, que esta aprobación debía ser "solicitada por las partes."<sup>88</sup> La Demandante por lo tanto argumenta que, de acuerdo con las teorías internacionales aplicables sobre preclusión y actos propios (*collateral estoppel*), la

<sup>83</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 52-53.

<sup>84</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 56-58; CEXL-3, Dictamen Legal Dolzer, §§ 31, 52, 59 y 61.

<sup>85</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 16.

<sup>86</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 16.

<sup>87</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 65-71.

<sup>88</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 70; REX-23, Carta de la Procuraduría General de Venezuela a la Secretaría General de CIADI en *Vannessa Ventures*.

Laudó sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 27 de 55

Demandada debería quedar vinculada por la posición que adoptó en *Vannessa Ventures*.<sup>89</sup>

72. La Demandante además alega que una solicitud para el uso del Mecanismo Complementario tenía pocas posibilidades de éxito y que, por lo tanto, no estaba disponible. Según la Demandante, cualquier solicitud unilateral tenía pocas posibilidades de éxito porque (1) el Reglamento no contempla que se pueda otorgar una aprobación cuando sólo una parte la solicita,<sup>90</sup> tal y como reconoció correctamente la Demandada en el caso *Vannessa Ventures*.<sup>91</sup> (2) no estaba claro si los requisitos de nacionalidad se cumplirían, dado que la Demandada había amenazado con retirarse de CIADI, y Canadá estaba al mismo tiempo tomando medidas importantes para acceder a CIADI.<sup>92</sup> (3) cualquier solicitud de aprobación habría perjudicado significativamente la posición legal en la disputa de la Demandante o la Demandada,<sup>93</sup> y (4) la incertidumbre que surge de la enmienda en 2003 del artículo 4(6) del Reglamento del Mecanismo Complementario abre la puerta a una revisión de la decisión de la Secretaría General.<sup>94</sup>
73. La Demandante observa que la Demandada y sus expertos han argumentado que el acuerdo relativo a la existencia de una controversia que surge de una inversión ya existe en el consentimiento al arbitraje contenido en el Tratado y que por lo tanto no hace falta prestar consentimiento de nuevo. La Demandante rechaza este argumento ya que el consentimiento al arbitraje del Tratado no cumple los requisitos lingüísticos específicos exigidos por el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario. Es más, la Demandante observa que en el caso *Vannessa Ventures*, la propia Demandada confirmó que el consentimiento al arbitraje del Tratado es distinto del acuerdo adicional que exige el Reglamento del Mecanismo Complementario. Como se afirma en el Dictamen Legal de Dña. Ana Palacio, la anterior Secretaria General de CIADI, "[l]a mera existencia del consentimiento al arbitraje en un BIT no es suficiente para que el Mecanismo Complementario esté

<sup>89</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 72.

<sup>90</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 66.

<sup>91</sup> C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 87-88.

<sup>92</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 68-74.

<sup>93</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 75-82; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 89-94.

<sup>94</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 83-86; C-11, Escrito de Dúplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 78-84.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 28 de 55

disponible. Para ello son necesarias acciones adicionales de las partes y del Secretario General del CIADI.<sup>97</sup>

74. La Demandante alega que, cuando tuvo que decidir dónde iniciar el procedimiento arbitral, se daban todas las anteriores incertidumbres. En teoría, tenía por lo tanto la opción de solicitar unilateralmente la aprobación para utilizar el Mecanismo Complementario o recurrir inmediatamente al arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI.<sup>98</sup> Sin embargo, la primera opción no era viable por varias de las razones anteriormente mencionadas. Es más, las obligaciones de la Demandante hacia sus accionistas exigían que ésta tomara los pasos para preservar y ejercitar sus derechos, mientras al mismo tiempo debía abstenerse de iniciar procedimientos que tuvieran pocas posibilidades de éxito.<sup>99</sup>
75. Finalmente, la Demandante observa que la Demandada ha evitado tomar una posición concreta en este arbitraje sobre cuándo considera que el Mecanismo Complementario está disponible, y también ha evitado aceptar el uso del Mecanismo Complementario en el caso de que se decidiera que esta disputa no puede ser decidida por este Tribunal.<sup>100</sup> La Demandante alega que el objetivo de la Demandada debe de ser "que se deniegue justicia a" la Demandante y "demorar todo lo posible la resolución de esta controversia."<sup>101</sup> La Demandante invita al Tribunal a no consentir los esfuerzos de la Demandada para retrasar y eventualmente denegar justicia a la Demandante y, por el contrario, a confirmar la válida constitución de este arbitraje CNUDMI.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> CEL-29, Dictamen Legal Palacio, § 16.

<sup>98</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 78-86.

<sup>99</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 95-99.

<sup>100</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 18-20.

<sup>101</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 23-30.

<sup>102</sup> C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 31-33.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 29 de 55

## VII. Tutela solicitada por las Partes

### VII.1 La Demandada

76. La Demandada solicita al Tribunal que dicte un laudo del siguiente tenor:

- En favor de la Demandada y en contra de la Demandante, desestimando en su totalidad las reclamaciones presentadas por la Demandante ante el Tribunal y con perjuicio en el sentido del "párrafo anterior" [véase párrafo 77, *infra*]; y
- Con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI, ordene a la Demandante el pago de las costas del arbitraje, incluidos los gastos de la Demandada para la representación y asistencia legal, y los costos de los peritos de la Demandada.<sup>101</sup>

77. El "párrafo anterior" que matiza la petición de la Demandada de desestimación "con perjuicio" del caso de la Demandante dispone lo siguiente:

La petición por parte de la Demandada de desestimar con perjuicio no tiene la intención de impedir una revisión del caso de la Demandante en la competencia y, si fuera necesario, en cuanto al fondo, ante un tribunal del Mecanismo Complementario del CIADI. Igualmente, no intenta impedir que la Demandante reinstaure este arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI en el caso muy improbable, por ejemplo, de que la Secretaría General del CIADI decida no aprobar el acuerdo de arbitraje en el marco del Reglamento del Mecanismo Complementario. Su único objetivo consiste en impedir que la Demandante vuelva a comparecer ante este Tribunal específico que, según sostiene Venezuela, se constituyó incorrectamente. La desestimación correcta del caso de la Demandante por parte del Tribunal, lo tornaría *finis officio*.<sup>102</sup>

### VII.2 La Demandante

78. La Demandante solicita que el Tribunal dicte un laudo del siguiente tenor:

- Confirme que el presente procedimiento de arbitraje ha sido iniciado válidamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI y el artículo XII(4);
- Desestime todas las pretensiones formuladas por la Demandada en relación con la Cuestión Preliminar; y
- Ordene a la Demandada a pagar todas las costas y honorarios relacionados con la Cuestión Preliminar.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> R-5, Escrito de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 43; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 101. [El término "perjuicio" consta así en el original presentado por la Demandada].

<sup>102</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 100.

<sup>103</sup> Ver C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 102; C-11, Escrito de Réplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 122.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 30 de 55

## VIII. Consideraciones del Tribunal

79. La Cuestión Preliminar que debe decidir el Tribunal es concreta y específica: si en la fecha en la que la Demandante inició este procedimiento arbitral estaba "disponible" un procedimiento alternativo bajo el Mecanismo Complementario de CIADI conforme al sentido del artículo XII(4) del Tratado. Si el Tribunal decide que tal opción estaba disponible para la Demandante entonces el Tribunal no tendría derecho a ejercer su competencia y la Demandante tendría que ser remitida al foro adecuado. Si, por el contrario, el Tribunal decidiera que no había un procedimiento alternativo disponible bajo el Mecanismo Complementario de CIADI, entonces este Tribunal podría ejercer su competencia conforme al artículo XII(4), sin perjuicio de otras objeciones jurisdiccionales que pudieran surgir.
80. La Demandada ha objetado a la competencia del Tribunal sobre la base de que el Mecanismo Complementario estaba disponible para la Demandante el 1 de octubre de 2008 ya que se cumplían todos los requisitos jurisdiccionales del Reglamento del Mecanismo Complementario. La Demandada alega además que, incluso bajo el significado de "disponible" adoptado por la Demandante, el Mecanismo Complementario estaba disponible en la fecha en la que se inició este procedimiento, ya que la práctica continuada de la Secretaría General de CIADI demuestra que se puede acceder al Mecanismo Complementario con facilidad, como ha sucedido en al menos dos otros casos bajo el TBI Canadá-Venezuela.
81. La Demandante no está de acuerdo, y alega que ni CIADI ni el Mecanismo Complementario estaban "disponibles" conforme al sentido del artículo XII(4) del Tratado porque no estaban "listos para su uso inmediato" o no tenían "una perspectiva sólida de éxito." La Demandante argumenta que el acceso al Mecanismo Complementario depende, *inter alia*, de una solicitud conjunta por las Partes y de un acuerdo entre las Partes sobre la existencia de una inversión, ninguno de los cuales se daba en el momento de iniciar este procedimiento, debido a la supuesta falta de cooperación de la Demandada.
82. Para decidir este asunto, el Tribunal comenzará por interpretar el artículo XII(4) del Tratado [VIII.1]. El Tribunal luego considerará si el Mecanismo Complementario de CIADI estaba "disponible", siendo un hecho aceptado por ambas Partes que el arbitraje bajo CIADI no estaba disponible dado que Canadá no es parte de la Convención de Washington [VIII.2], tratará el asunto de *estoppel* que surge en este caso [VIII.3], y después indicará su decisión [VIII.4].

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 31 de 55

## VIII.1 Interpretación del artículo XII(4) del Tratado

83. Como se observa anteriormente, el artículo XII(4) del Tratado establece que:

La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:

- El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convención CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contratante del inversor sean partes del CIADI; o
- las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

84. No es materia controvertida por las Partes que la interpretación de esta disposición está sujeta a las normas dispuestas en la Convención de Viena y, en particular, a sus artículos 31 a 33 sobre la interpretación de tratados. El artículo 31(1) establece el punto de partida:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

85. No resulta controvertido que el enfoque básico para la interpretación de un tratado consiste en considerar el sentido corriente de las palabras escogidas por los redactores, ayudándose de un análisis sistemático del acuerdo completo y consideraciones teleológicas sobre su pretendido objetivo, todo bajo un principio marco de buena fe. El Tribunal considerará por lo tanto el sentido corriente del artículo XII(4), en el contexto del Tratado como un todo y teniendo en cuenta el objeto y fin del mismo.

### A. La estructura del artículo XII(4)

86. Como la mayoría de las normas legales, el artículo XII(4) describe un supuesto de hecho que conduce a una consecuencia jurídica particular.
87. El supuesto de hecho descrito en el artículo XII consiste en la existencia de un inversor que reclama la protección conforme al Tratado y que afirma que ha surgido



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 32 de 55

una controversia contra Canadá o contra Venezuela sobre la base de que la Parte Contratante ha adoptado supuestamente una medida que incumple las protecciones concedidas al inversor por el Tratado.<sup>184</sup> Siempre y cuando se dé este supuesto de hecho, el artículo XII describe la consecuencia jurídica—se le concede al inversor el derecho de someter la controversia a arbitraje bajo tres escenarios alternativos:

- CIADI, siempre y cuando en este caso tanto Venezuela como Canadá sean miembros de la Convención de Washington de 1965;
- el Mecanismo Complementario de CIADI, siempre y cuando Venezuela o Canadá sea miembro de la Convención de Washington; y
- en el caso de que ninguno de estos procedimientos esté “disponible”, arbitraje CNUDMI.

88. El fin del artículo XII(4) es proporcionar al inversor que cumple los requisitos del Tratado, el derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje internacional para resolver la controversia sobre la inversión. El Tribunal acepta la alegación de la Demandante<sup>185</sup> de que una interpretación adecuada del artículo XII(4) debe conducir a la conclusión de que el inversor debería tener un derecho de acceso a uno de los tres procedimientos de arbitraje previstos. Un inversor protegido bajo el Tratado disfruta del derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje internacional. La cuestión es: ¿qué procedimiento?

89. El sentido corriente del artículo XII(4) no indica que los tres procedimientos previstos por el Tratado deban ser tratados como alternativas. Más bien, el sentido corriente del artículo XII(4) establece una jerarquía entre los procedimientos. El artículo XII(4) define el acceso a CIADI (bien bajo el Reglamento habitual o bajo el Mecanismo Complementario) como la primera posibilidad: dependiendo de si solo una de las Partes Contratantes o las dos han ratificado la Convención de Washington, el inversor tiene derecho *ipso iure* de iniciar la disputa ante el Centro bajo un reglamento u otro.

90. Sin embargo, la posibilidad de iniciar un arbitraje CNUDMI está sujeta a un requisito adicional: el arbitraje CNUDMI solo puede iniciarse por un inversor “[e]n caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible.” La redacción del artículo XII(4) no admite ambigüedad ni duda. Ésta indica que los redactores del Tratado pretendían que primero fuese necesario

<sup>184</sup> Ver artículo XII(1) y (3) del Tratado.

<sup>185</sup> C-11, Escrito de Duplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 3.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 34 de 55

El inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a:

- (a) un tribunal *ad hoc* a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o
- (b) Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París (CCI); o
- (c) Centro Internacional para la Solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención.<sup>108</sup>

94. De manera similar, el TBI entre Venezuela e Italia dispone:

En caso de recurrirse al arbitraje internacional, la controversia será sometida ..., a alguno de los órganos de arbitraje designados a continuación:

- (a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) ..., cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a [la Convención]. Mientras dicha condición no se cumpla, cada una de las Partes Contratantes da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.
- (b) A un Tribunal de Arbitraje "ad hoc" establecido ... de acuerdo con el Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).<sup>109</sup>

95. Estos TBIs firmados por Canadá y Venezuela incluyen tenores que permiten al inversor elegir el sistema de arbitraje que prefiere, incluyendo arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si así lo desea. Una simple comparación entre la redacción utilizada en estos TBIs y la redacción adoptada en el TBI Canadá-Venezuela muestra que Canadá y Venezuela decidieron adoptar un enfoque diferente en el caso de este Tratado, en concreto, uno que establece una jerarquía de opciones, dependiendo de cuál está disponible, CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario son adoptadas como los principales mecanismos de resolución de controversias, y el Tratado sólo autoriza el acceso a CNUDMI si CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario no están disponibles. En el TBI Canadá-Venezuela, el inversor no tiene derecho a iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI si el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario está disponible. En tales circunstancias, el inversor debe iniciar el procedimiento CIADI aplicable.

<sup>108</sup> REX-13 Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán (12 de enero de 2006), artículo 11 (énfasis añadido).

<sup>109</sup> REX-14, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Italia y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, artículo 8(3) (énfasis añadido).

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 35 de 55

#### B. El significado de "disponible"

96. En el presente caso, por lo tanto, el tema crucial es si el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba disponible el 1 de octubre de 2008. ¿Qué significa "disponible"?
97. El Tratado no facilita ninguna guía. Las Partes han tratado extensa y acertadamente este asunto, sobre el que su desacuerdo es significativo. La Demandante alega que "disponible" significa "presente o listo para su uso inmediato,"<sup>110</sup> y con una perspectiva razonable de éxito en el intento.<sup>111</sup> La Demandada adopta una definición que indica que CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario estarán "disponibles" si pueden ser utilizados o se puede acceder a ellos,<sup>112</sup> y no acepta que se incluya en la definición ningún requisito sobre la perspectiva de éxito.<sup>113</sup>
98. En aras de clarificar este asunto, el Tribunal encuentra que resulta apropiado considerar no sólo la versión inglesa del Tratado, sino también los textos en español y francés, ya que estos textos son igualmente auténticos. La versión española del artículo XII(4) sigue de cerca el texto inglés, afirmando que:

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa [a arbitraje CNUDMI].

99. El texto francés, sin embargo, adopta un enfoque ligeramente diferente:

*Lorsque aucun des recours mentionnés ne peut être exercé, l'investisseur peut soumettre le différend à [l'arbitrage CNUDMI].*

100. Comparando estas tres redacciones del artículo XII(4), el Tribunal observa que el texto francés puede ser considerado más preciso, en el sentido de que identifica explícitamente tres consideraciones, cuyos aspectos sólo aparecen de forma implícita en las versiones española e inglesa, en concreto, que:

- la disponibilidad se refiere al "ejercicio," i.e., la posibilidad de implementar o de aprovecharse uno mismo ("*pour être exercé*") de los

<sup>110</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 21, basándose en el *American Webster's Collegiate Dictionary*, 11 ed.

<sup>111</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 26.

<sup>112</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 19, basándose en el *Dictionnaire Legal Reims*.

<sup>113</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 26.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 36 de 55

procedimientos en CIADI o en el Mecanismo Complementario de CIADI;

- un factor relevante que lo matiza es la posibilidad de "ejercicio" de la acción ("pour être exercé"), no el éxito efectivo; y
- que es el inversor quien debe ser incapaz de "ejercitar" el arbitraje CIADI, ya que es el inversor quien, en la ausencia de acceso a CIADI, tiene la opción de presentar la controversia bajo arbitraje CNUDMI.

101. El texto francés sugiere que una interpretación correcta del artículo XII(4) indicaría que le corresponde al Demandante la carga de establecer si, en el momento en el que presentó su Solicitud de Arbitraje, no existía ninguna posibilidad de ejercer un derecho a iniciar un arbitraje bien bajo el Reglamento del propio CIADI o bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario:

- (i) Posibilidad: El artículo XII(4) no puede interpretarse en el sentido de exigir a un posible demandante que inicie un procedimiento bajo los Reglamentos de CIADI o del Mecanismo Complementario, si la perspectiva de aprobación (en el caso de que sea necesaria) y registro son inexistentes o improbables, o requieren un esfuerzo irrazonable.
- (ii) Ejercer: ¿Cuándo está un inversor capacitado "para ejercer" un procedimiento de arbitraje CIADI? El acceso a CIADI requiere, como paso preliminar, superar ciertos trámites administrativos: en el caso de un arbitraje bajo el Reglamento habitual de CIADI, la solicitud debe ser redactada y comunicada a la Secretaría General de CIADI, quien luego decidirá si registrarla o no.<sup>114</sup> En el caso de un arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, la Secretaría General debe decidir si otorgar su aprobación a un acuerdo para arbitrar y luego decidir si registra la solicitud.<sup>115</sup> Hasta que estos requisitos no se hayan cumplido, no se puede constituir un tribunal bajo CIADI ni bajo el Mecanismo Complementario, y éste no tendrá capacidad para decidir sobre posibles objeciones a su competencia ni sobre el fondo de la controversia.

102. En síntesis, el Tribunal procede sobre la base de que para el propósito del artículo XII(4) del Tratado, el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo

<sup>114</sup> Ver artículo 36(3) de la Convención de Washington.

<sup>115</sup> Ver artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 37 de 55

Complementario no estará "disponible" si no hay una perspectiva razonable de que la Secretaría General aprobaría el acuerdo de arbitraje y luego registraría la solicitud de arbitraje, y lo haría sin demora.

### VIII.2 Disponibilidad del Mecanismo Complementario

103. Bajo la Convención de Washington está claro que la jurisdicción de CIADI se limita a las controversias que surgen directamente de una inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.<sup>116</sup> En 1978 el Consejo Administrativo de CIADI decidió autorizar al Centro para administrar ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que, de lo contrario, podrían haber quedado fuera del alcance de la Convención de Washington. Estos procedimientos, que incluyen arbitrajes entre partes de las que, al menos una, es un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, se rigen por el Reglamento del Mecanismo Complementario (según la última modificación por el Consejo Administrativo el 10 de abril de 2006). Este Reglamento comprende varios principios generales (el Reglamento del Mecanismo Complementario), junto con tres anexos, de los cuales el Anexo C recoge normas específicas para los procedimientos arbitrales.

#### A. Hechos

104. Como paso preliminar es necesario resumir los hechos subyacentes. El 8 de febrero de 2008, la Demandante envió una Notificación de Controversia a la Demandada, en la que el inversor "acepta[ba] la oferta hecha por [Venezuela] en el artículo XII(4) del Tratado para hacer que la Controversia se resolviera en un arbitraje internacional (incluyendo, según estuviera disponible a la fecha de la presentación de la solicitud de arbitraje, el arbitraje según [CIADI], [Mecanismo Complementario de CIADI], y el arbitraje según el Reglamento de Arbitraje [CNUDMI])."<sup>117</sup> La Demandante envió una segunda carta el 25 de marzo de 2008.<sup>118</sup> Aunque Venezuela solicitó que se le reenviaran copias apostilladas y en español de los documentos, en los autos no consta si la Demandada respondió a estas comunicaciones en cuanto al fondo. En todo caso, en opinión del Tribunal esto no modifica nada. El 1 de octubre de 2008, la Demandante envió a la Demandada una Notificación de Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, que ha dado lugar al presente procedimiento.<sup>119</sup> En los autos no consta si la Demandante,

<sup>116</sup> Ver artículo 25(1) de la Convención de Washington.

<sup>117</sup> CEX-6, Notificación de Controversia.

<sup>118</sup> CEX-15, Carta del abogado de la Demandante al Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

<sup>119</sup> CEX-7, Notificación de Arbitraje.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 38 de 55

antes de enviar su Notificación de Arbitraje para este procedimiento, se dirigió a CIADI para preguntar si el Centro estaría dispuesto a administrar el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Asumimos que si la Demandante hubiera realizado tal intento, y que si éste hubiera resultado en que el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario no estaba "disponible," entonces la Demandante habría informado de esto al Tribunal.

B. ¿Estaba al arbitraje CIADI "disponible" para la Demandante el 1 de octubre de 2008?

105. Es un hecho indiscutido entre las Partes que, el 1 de octubre de 2008, Venezuela era miembro de la Convención de CIADI pero que Canadá no lo era. Por consiguiente, como se ha dicho anteriormente, el único tipo de arbitraje CIADI que era concebible que estuviese disponible para la Demandante habría sido un arbitraje CIADI bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Para determinar si el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI estaba "disponible" el 1 de octubre de 2008, es necesario:

- (i) considerar si la demanda estaría cubierta por una o ambas categorías de demandas que se pueden presentar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario;
- (ii) identificar los requisitos que deben cumplirse para que el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario esté "disponible";
- (iii) determinar las circunstancias en las que el Centro puede denegar el acceso al arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario; y
- (iv) aplicar estas consideraciones a los hechos del caso.

#### (i) Tipos de solicitudes de acceso al Mecanismo Complementario de CIADI

106. Conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario, el Centro está autorizado a administrar procedimientos entre Estados y un nacional de otro Estado bajo dos categorías de circunstancias:

1. procedimientos para la resolución de controversias de carácter jurídico que surgen directamente de una inversión, que no están dentro de la jurisdicción del Centro, porque o bien el Estado parte de la disputa (en este caso Venezuela) o el Estado del inversor (en este caso Canadá) no es un Estado Contratante de la Convención de Washington (artículo 2(a)

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 39 de 55

del Reglamento del Mecanismo Complementario); esta categoría se refiere a disputas de inversión que surgen en conexión con supuestos incumplimientos de los TBI's; y

2. procedimientos para la resolución de controversias jurídicas que no están dentro de la jurisdicción del Centro porque no surgen directamente de una inversión (de nuevo siempre y cuando bien el Estado parte de la disputa o el Estado de la contraparte haya adoptado la Convención de Washington) (artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario); este tipo de disputas incluye controversias contractuales que surgen de acuerdos firmados entre un Estado (o alguno de sus organismos) y un nacional extranjero.

107. En este caso, la Demandante alega que tiene una inversión protegida en Venezuela y que la Demandada ha incumplido ciertas obligaciones contraídas en el Tratado. La controversia por lo tanto constituye una controversia de inversión, que si se presenta ante el Mecanismo Complementario, sólo podría hacerse bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario. La demanda no puede ser objeto de una solicitud de arbitraje bajo el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario porque, tal y como ha sido formulada, no puede cumplir los requisitos de ese artículo. Es una disputa conectada a una inversión.

#### (ii) Requisitos para cada tipo de solicitud

108. Para que un demandante sea capaz de obtener acceso al arbitraje bajo el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, es necesario que se cumplan dos requisitos:

- (a) la Secretaría General de CIADI debe estar en posición de otorgar la aprobación bajo el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario; y
- (b) la Secretaría General debe luego estar en posición de registrar la solicitud de arbitraje bajo el artículo 4 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

Una vez que estas dos condiciones administrativas se han cumplido, el arbitraje comienza formalmente mediante la iniciación del procedimiento para nombrar al Tribunal.



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 40 de 55

(a) *Aprobación por la Secretaría General*

109. La necesidad de aprobación por la Secretaría General se prevé en el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario:

Cualquier acuerdo en el que se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario con respecto a diferencias existentes o futuras requiere la aprobación del Secretario General.

110. Los requisitos para otorgar la aprobación se desarrollan en el segundo párrafo del artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario: la Secretaría General puede aprobar una solicitud basada en el artículo 2(a) "solamente ... si a su juicio se han cumplido los requisitos de esa disposición."<sup>120</sup> El artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario establece dos requisitos: primero, que la controversia sea una controversia de carácter jurídico, y segundo que surja directamente de una inversión. Si se cumplen estos dos requisitos,<sup>121</sup> la Secretaría General no tiene elección: conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario "dará" su aprobación al procedimiento.

111. En cuanto al momento de solicitar la aprobación, el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario es claro: la solicitud puede presentarse "con respecto a diferencias existentes o futuras ... en cualquier momento antes de la iniciación del procedimiento..." La Secretaría General tendrá entonces que tomar su decisión "[l]an pronto como sea posible" (artículo 4(5) del Reglamento del Mecanismo Complementario).

112. Un asunto que ha sido planteado con cierto detalle por las Partes es si la solicitud de aprobación debe hacerse conjuntamente por las Partes, o si es suficiente que se haga por el inversor solo, actuando unilateralmente. La Demandante alega que el artículo 4(1) requiere una solicitud conjunta del inversor y el Estado, y que no puede por lo tanto iniciar un procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario sin la cooperación de Venezuela que, según alega, no ha

<sup>120</sup> El artículo 4(2) requiere adicionalmente que "ambas partes acept[e] la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio [de Washington] (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieran cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* de dicho Artículo." Esta disposición del Reglamento del Mecanismo Complementario prevé una situación que no es relevante en este caso: la posibilidad de que entre la aceptación y la iniciación del procedimiento, el segundo Estado que no era parte de la Convención de Washington, se convirtiera en miembro de este Tratado, en tal caso el requisito de consentimiento del artículo 25 de la Convención resultaría aplicable; ya que Canadá no es una Parte Contratante de la Convención de Washington es segundo requisito es irrelevante.

<sup>121</sup> Además, los requisitos *ratione personae* que en este caso no son un hecho controvertido.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 41 de 55

resultado.<sup>122</sup> El argumento de la Demandante está basado en una lectura fundamentalmente literal del artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que establece que "[l]as partes pueden solicitar dicha aprobación." En opinión de la Demandante, esta redacción requiere que ambas Partes soliciten la aprobación conjuntamente.

113. La Demandada no está de acuerdo con la interpretación de la Demandante. Esta alega que, al firmar el Tratado la Demandada, ésta había, ya antes del 1 de octubre de 2008, aceptado el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario de CIADI, y que la Solicitud de Arbitraje y de aprobación podían ser presentados por el inversor actuando por su cuenta.<sup>123</sup>

114. La Demandada ha presentado abundante documentación probatoria respaldando su afirmación de que en la práctica, las solicitudes de aprobación se presentan siempre por los inversores solos, sin la participación del Estado demandado. Estas pruebas, que no han sido refutadas por la Demandante, incluyen un Dictamen Legal por D. Barton Legum, un socio del bufete de abogados Solana LLP, que ha actuado como abogado en varios arbitrajes bajo el Mecanismo Complementario. La parte relevante de la declaración del Sr. Legum se parece por su naturaleza más a una declaración sobre hechos prestada por un testigo, en el sentido de que da fe de su propia experiencia. Él declara que:

... no ha sido necesaria otra acción de parte del recurrente ni ha sido solicitada por el CIADI en ninguna de las causas que he manejado personalmente, entre ellas, *Mihel, Loewen, Moudry y ADF*, como así tampoco en los casos presentados en contra de México que seguí de cerca mientras trabajaba en el Departamento de Estado.<sup>124</sup>

115. Existe más material presentado ante el Tribunal que resulta de mayor relevancia para el presente caso, a saber, información relativa a un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario entre otro inversor canadiense y la Demandada que también está

<sup>122</sup> C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 36; C-11, C-13, Escrito de Duplika de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 89.

<sup>123</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 42. El 16 de diciembre de 2009, la Demandada presentó una solicitud a la Secretaría General de CIADI solicitando una clarificación sobre si "de acuerdo con el Reglamento del Mecanismo Complementario ... una solicitud conjunta de la Demandante y del Estado Demandado es necesaria para el CIADI apruebe la solicitud...". CEX-30, Carta de la Demandada a la Secretaría General de CIADI, lo cual, aunque escrita por la Demandada, ha sido presentada por la Demandante. La respuesta de la Secretaría General es un tanto débil, ya que respondió que conforme al artículo 2(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) la solicitud de arbitraje puede ser realizada conjuntamente por las partes (con la implicación de que también puede ser presentada individualmente). De hecho, la pregunta remitida por la Demandada era diferente, porque se refería a un paso previo y separado, la solicitud de aprobación, y preguntaba si esta solicitud (y si la solicitud de arbitraje) podía ser presentada individualmente por el demandante.

<sup>124</sup> Dictamen Legal Legum, § 24.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 42 de 55

basado en el artículo XII(4) del TBI Canadá-Venezuela, en concreto el caso *Vannessa Ventures Ltd v. República Bolivariana de Venezuela*. El arbitraje se inició el 8 de julio de 2004 bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario por una empresa canadiense actuando unilateralmente. La solicitud pretendía obtener la aprobación de la Secretaría General de CIADI bajo el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>121</sup> Dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, y a pesar de la objeción de Venezuela,<sup>122</sup> el 28 de octubre de 2004, la Secretaría General de CIADI otorgó la aprobación y registró el procedimiento.<sup>123</sup>

116. Los argumentos ante el Tribunal, según están respaldados por los materiales relevantes, señalan decisivamente en una dirección, permitiendo al Tribunal concluir que es una práctica bien arraigada en CIADI que la Secretaría General, actuando bajo los artículos 4(1) y 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario, apruebe un acuerdo arbitral tras la solicitud de un inversor demandante que actúa sin el apoyo del Estado demandado. La práctica de CIADI ha interpretado continuamente el artículo 4(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que exige que "[l]as partes pueden solicitar [la] aprobación", en el sentido de que una solicitud por cualquiera de las partes sola sería suficiente. No hay pruebas ante el Tribunal que indiquen que CIADI haya requerido que una solicitud de aprobación bajo los artículos 4(1) y 4(2) sea hecha conjuntamente por el inversor y el Estado. El fundamento de esto parece ser que la entrada en vigor de un TBI que contiene una sumisión expresa a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI constituye una aceptación de la posibilidad de tal arbitraje entre ambas partes.

117. Existe un argumento adicional: la anterior conclusión concuerda con el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que claramente prevé y permite que se presenten, a instancia del demandante únicamente, las solicitudes para iniciar procedimientos arbitrales bajo el Mecanismo Complementario.

#### (b) Registro de la solicitud

118. El segundo requisito que debe cumplir un inversor, en aras de obtener el acceso a un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario, es presentar una solicitud de arbitraje por escrito ante la Secretaría.<sup>124</sup> La solicitud tiene la forma de un documento

<sup>121</sup> REX-21, Carta de John Terry, Letrado de Vannessa Ventures Ltd., a la Secretaría General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

<sup>122</sup> Que es objeto de un análisis más detallado; ver §§ 138-140, *infra*.

<sup>123</sup> Ver REXL-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

<sup>124</sup> Artículo 2(1) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 43 de 55

sencillo que identifica a las partes, describe el acuerdo de arbitraje y facilita una indicación de los asuntos en disputa y la cuantía monetaria implicada.<sup>125</sup> Se necesita también un documento similar al comienzo de los arbitrajes bajo el Reglamento CIADI habitual.<sup>126</sup>

119. El Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) expresa claramente que bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario las solicitudes de registro de un arbitraje pueden ser realizadas individualmente por un inversor sin la necesidad de participación del Estado demandado.<sup>127</sup>

120. Una vez presentada por el inversor demandante, la solicitud debe ser aprobada por la Secretaría General cuando "determine que a su juicio la solicitud se ajusta en su fondo y forma" a los requisitos dispuestos en el Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>128</sup>

121. En la práctica, los demandantes frecuentemente juntan la solicitud de aprobación con la solicitud de arbitraje en un mismo documento que luego se presenta ante la Secretaría General de CIADI.<sup>129</sup> Eso es lo que ocurrió en el caso *Vannessa Ventures*, donde la carta inicial del demandante fechada el 8 de julio de 2004, incluía las solicitudes de aprobación y registro.<sup>130</sup> CIADI aprobó ambas solicitudes en una única decisión el 28 de octubre de 2004.

122. Una vez que la Secretaría General ha registrado la solicitud, y que se han superado los últimos trámites administrativos, el procedimiento arbitral habrá comenzado formalmente y se iniciará el proceso de constitución del Tribunal. El procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI se habrá puesto en marcha, y la disponibilidad del procedimiento se habrá confirmado finalmente.

\* \* \*

123. Sobre estos antecedentes, el Tribunal entiende que los requisitos que debe cumplir un demandante en aras de acceder al arbitraje bajo el Mecanismo Complementario

<sup>125</sup> Artículo 3(1) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

<sup>126</sup> Ver artículo 36(2) de la Convención de Washington; el acceso a un arbitraje habitual de CIADI no está sujeto a la aprobación de la Secretaría General, pero sí requiere que se registre la solicitud.

<sup>127</sup> Ver artículo 2(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) *a sensu contrario*.

<sup>128</sup> Artículo 4 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

<sup>129</sup> Dictamen Legal Legum, § 20.

<sup>130</sup> REX-21, Carta de John Terry, Letrado de Vannessa Ventures Ltd., a la Secretaría General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 44 de 55

consisten en una solicitud de autorización dirigida a la Secretaría General del Centro y una solicitud de registro de la controversia. La solicitud de autorización y la solicitud de registro pueden juntarse en un único documento, que en el caso *Fannessa Ventures* no ocupó más de dos páginas. La Demandante no ha presentado pruebas en este caso que sugieran que CIADI incurre en demoras innecesarias al ocuparse de los procedimientos de autorización y registro. En el caso *Fannessa Ventures*, a pesar del hecho de que la Demandada presentó objeciones respaldadas por argumentos minuciosos, el caso se registró por la Secretaría General de CIADI en menos de cuatro meses desde que se hicieron las solicitudes.

124. El Tribunal ya ha decidido que el Mecanismo Complementario está "disponible" dentro del significado del artículo XII(4) del Tratado, siempre y cuando haya una expectativa razonable de que la Secretaría General aprobará el acuerdo arbitral, registrará la solicitud de arbitraje y que lo hará sin demora. Lo que resta por decidirse es si la Secretaría de CIADI, en el caso de que la Demandante hubiese presentado tal solicitud en este caso, hubiera decidido no registrar el caso.

### (iii) Denegación de acceso al Mecanismo Complementario

125. Los miembros del Tribunal son conscientes de que este Tribunal no debe determinar si la Secretaría General de CIADI registraría o no el caso bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Ésa es una cuestión que debe decidir solamente la Secretaría General de CIADI, y el Tribunal desea aclarar que no prejura en modo alguno el ejercicio de las facultades de CIADI. Habiendo dicho esto, para que el Tribunal determine si el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba o no "disponible" a efectos de ejercer su competencia en este procedimiento, el Tribunal sí necesita formarse una opinión sobre la probabilidad de que la Secretaría General de CIADI registrara una solicitud en relación con este Tratado y una solicitud de procedimiento arbitral.
126. La Demandada alega que la aprobación por la Secretaría General de CIADI y el registro de una solicitud es sencilla y fácilmente obtenible para aquellos que la solicitan. La Demandada alega que en al menos 26 casos publicados, las solicitudes de demandantes han sido aprobadas y registradas bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>127</sup> Es más, la Demandada ha incorporado a sus alegaciones la opinión expresada por el Sr. Legum en su Dictamen Legal, en la que afirma que no está al corriente de ningún caso en el que CIADI haya rechazado una solicitud de aprobación en relación con una disputa existente por no cumplir los

<sup>127</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 34.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 45 de 55

requisitos del artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>128</sup> Estas dos alegaciones no han sido refutadas por la Demandante; que tampoco ha cuestionado que en el caso *Fannessa Ventures* bajo el TBI Canadá-Venezuela, la aprobación del arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario se otorgó debidamente y se registró la solicitud.

127. Sobre la base de estas consideraciones, la perspectiva de éxito de la Demandante al invocar el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario no puede decirse, a primera vista, que sea improbable. No obstante, tal y como ambas Partes reconocen, las decisiones de la Secretaría General de CIADI no son vinculantes; siempre y cuando ésta se ajuste al Reglamento del Mecanismo Complementario cabe en teoría la posibilidad de que la Secretaría General pudiera decidir apartarse del parecer mostrado en decisiones previas.<sup>129</sup> Sobre la base de los hechos de este caso, por lo tanto, ¿existe algún motivo para considerar que la Secretaría General de CIADI pueda adoptar un enfoque diferente en este caso al tomado en el caso *Fannessa Ventures*?
128. La Demandante no ha presentado ninguna prueba fáctica, ni invocado ningún argumento legal, que permita al Tribunal concluir que existe una verdadera posibilidad de que la Secretaría General de CIADI pueda adoptar un enfoque diferente del tomado en el caso *Fannessa Ventures*.
129. En un exceso de cautela, el Tribunal no obstante ha considerado dos posibilidades en las que podría, en teoría, basarse la Secretaría General de CIADI para adoptar un enfoque diferente en este caso.

### (a) ¿Surge la disputa directamente de una inversión?

130. La primera consideración concierne al requisito del artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario de que una disputa sólo puede presentarse ante el Mecanismo Complementario si surge directamente de una inversión. En su Notificación de Controversia, la Demandante ha afirmado que sus inversiones en Venezuela incluyen las siguientes:

(i) A Coal Supply Agreement of March 18<sup>th</sup>, 2005, between the Investor and Günsar Coal International N.V. ("Gunsar"), an enterprise ultimately controlled by the Government of Venezuela (the "GOVE"), along with confirmation letters, transactions, and related documents (together, the "CSA");

<sup>128</sup> Dictamen Legal Legum, § 30.

<sup>129</sup> Ver C-7, Escrito de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 34; R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 40. Ver también CEXL-29, Dictamen Legal Páez, § 17.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 46 de 55

(ii) The capital committed by the Investor, as payments under the CSA, for the development of the Venezuelan economy in general and its mining industry in particular; and

(iii) The Investor's claims to performance under the CSA, as well as its claims to performance of GOVE's various undertakings vis-à-vis the Investor, including the Investor's claims to the delivery of coal extracted from Venezuelan mines and owed by the GOVE to the Investor.<sup>134</sup>

131. Al tomar una decisión para apropiar el arbitraje, la Secretaría General de CIADI tendría que dar "su aprobación solamente (...) si a su juicio se ha[n] cumplido [el] requisito[s]" de que la disputa surge directamente de una inversión (ver artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario). Consecuentemente, si a juicio de la Secretaría General, la Demandante no era propietaria de una inversión protegida localizada en Venezuela, no estaría capacitada para dar su aprobación.

132. ¿Habría algún motivo para que la Demandante pudiese esperar que la Secretaría General hubiera rechazado una solicitud de aprobación en octubre de 2008 sobre la base de que la disputa no surgía directamente de una inversión? El Tribunal no ve ninguna base razonable para ello.

133. El Tribunal llega a esta conclusión preliminar sobre la base de que la Demandante no ha sido capaz de mostrar ni un solo caso en el que la Secretaría General de CIADI haya rechazado la aprobación de acceso al Mecanismo Complementario por ésta o cualquier otra razón. La ausencia de cualquier prueba en esa dirección podría indicar que la Secretaría General sólo rechaza solicitudes de aprobación si decide que la disputa está manifiestamente fuera del alcance del Mecanismo Complementario (aplicando por analogía el criterio establecido en el artículo 36(3) de la Convención de Washington para denegar el registro de un arbitraje CIADI habitual), y permite que todos los demás casos se decidan por los árbitros, como una cuestión de admisibilidad o competencia.<sup>135</sup> Es difícil anticipar sobre qué base se podría alegar que la disputa está manifiestamente fuera del alcance del Mecanismo Complementario de tal forma que lleve a la conclusión de que una solicitud de registro sería rechazada.

<sup>134</sup> CEX-6, Notificación de Controversia [original en inglés].

<sup>135</sup> Una indicación a favor de esta interpretación se puede deducir de una enmienda introducida el 1 de enero de 2003 al artículo 4(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario). Desde entonces, la aprobación de la Secretaría General no es concluyente y puede ser revisada por el Tribunal Arbitral. El tema, sin embargo, no está del todo claro ya que la redacción del artículo 4 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) difiere de la redacción del artículo 36(3) de la Convención de Washington. Basándose en esta diferencia, la anterior Secretaría General Palacio afirmó en su Dictamen Legal que el análisis del "manifiestamente" sólo es aplicable a los arbitrajes CIADI habituales, pero no al Mecanismo Complementario. CEX-29, Dictamen Legal Palacio.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 47 de 55

134. Existe un factor adicional y más específico que lleva al Tribunal a la misma conclusión. El artículo 1(f) del TBI Canadá-Venezuela prevé una definición amplia de "inversión":

(f) "inversión" significa cualquier clase de bienes de propiedad de un inversor de una Parte Contratante o controlados por él directa o indirectamente, inclusive a través de un inversor de un tercer Estado, en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes de ésta. En particular, aunque no exclusivamente, "inversión" incluye:

- (i) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y cualesquiera derechos de propiedad relacionados, tales como hipotecas, derechos de retención o prenda;
- (ii) las acciones, títulos, bonos y obligaciones o cualquier otra forma de participación en una compañía, empresa comercial o emprendimiento conjunto (joint venture);
- (iii) el dinero, los derechos al pago de dinero, y los derechos a prestaciones contractuales que tengan valor económico;
- (iv) el prestigio y la clientela (goodwill);
- (v) los derechos de propiedad intelectual;
- (vi) los derechos, conferidos por ley o por contrato, a emprender cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho a explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;

no significa, sin embargo, los bienes inmuebles ni otros bienes, tangibles o intangibles, que no sean utilizados, o no hayan sido adquiridos en la expectativa de utilizarlos, con el propósito de obtener beneficios económicos o para otros fines de negocios.

Cualquier cambio en la forma de una inversión no afectará su carácter de inversión.

135. Esta amplia definición, que sería tenida en cuenta por la Secretaría General de CIADI al tomar su decisión, reduce o elimina la posibilidad de que en la fase inicial de aprobación, la Secretaría General pueda denegar el acceso a la Demandante al arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.

136. La Demandante reconoce que no se dirigió a la Secretaría de CIADI para conocer las posibilidades de éxito de una solicitud de aprobación del acuerdo de arbitraje y de registro de la solicitud de arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Si la Demandante hubiera dado ese paso y hubiera recibido una indicación de que su solicitud podría de alguna manera no ajustarse a las condiciones para aprobación y registro, entonces las consideraciones que subyacen a



Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 48 de 55

las conclusiones del Tribunal podrían haber sido diferentes. No obstante, ésa no es el caso.

\*\*\*

137. En síntesis, el Tribunal concluye que el 1 de octubre de 2008, la fecha en la que la Demandante inició este procedimiento arbitral bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI podría haber estado "disponible" para la Demandante conforme al significado del artículo XII(4) del Tratado. La Demandante no estaba imposibilitada para presentar una solicitud de aprobación a la Secretaría General de CIADI, y no hay motivos por los que la Demandante podría haber concluido razonablemente que la aprobación y registro no iba a ser sido otorgados sin demora.

#### VIII.3 Actos propios

138. La Demandante ha planteado otro argumento que merece la consideración del Tribunal.<sup>140</sup> Ésta observa que la Demandada adoptó una posición en el caso *Vannessa Ventures* que es la contraria de la que está defendiendo en este procedimiento, a saber, que para el arbitraje en el Mecanismo Complementario la solicitud de aprobación debe ser presentada por ambas partes conjuntamente, con la consecuencia de que el Mecanismo Complementario no estaría "disponible" si el Estado demandado formula una objeción, por ejemplo, sobre la base de que la disputa no surge de una "inversión". La Demandante alega que "a un hombre no deberá permitírsele soplar caliente y frío"<sup>141</sup> y que el Tribunal debería entender que Venezuela está vinculada por la posición que adoptó en su argumentación en el caso *Vannessa Ventures*.
139. La solicitud de aprobación y registro en el caso *Vannessa Ventures* se presentó ante CIADI el 8 de julio de 2004.<sup>142</sup> Tras recibir la solicitud, la Secretaría General de CIADI concedió a Venezuela la posibilidad de presentar comentarios, lo que Venezuela realizó mediante una carta de su Procurador General de fecha 23 de agosto de 2004.<sup>143</sup> Venezuela alegó que debía denegarse el acceso al Mecanismo Complementario a *Vannessa Ventures Ltd.* y que su solicitud debía ser rechazada.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> C-11, Escrito de Duplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, §§ 65-72.

<sup>141</sup> [Esta expresión consta en el original presentado por la Demandante], ver C-11, Escrito de Duplica de la Demandante sobre la Cuestión Preliminar, § 72.

<sup>142</sup> REX-21, Carta de John Terry, Letrado de *Vannessa Ventures Ltd.*, a la Secretaría General de CIADI, fechada 8 de julio de 2004.

<sup>143</sup> REX-21, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

<sup>144</sup> REX-21, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, pág. 21.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 49 de 55

Las razones incluían, *inter alia*, el hecho de que el Tratado no había sido aprobado por la Secretaría General,<sup>145</sup> y que la aprobación tenía que ser solicitada conjuntamente por ambas partes.<sup>146</sup>

140. No existe duda de que los argumentos presentados por Venezuela en ese caso contradicen la posición adoptada por Venezuela en este arbitraje. ¿Se ve la Demandada por ello impedida para adoptar esta nueva posición como alega la Demandante?
141. La existencia de la doctrina de *estoppel*, o la prohibición de *venire contra factum proprium*, está consolidada en el derecho internacional público, a pesar de que su existencia como un principio general del derecho o como una norma consuetudinaria es objeto de debate.<sup>147</sup> Si existe consenso entorno al origen de la doctrina, que en derecho internacional público se puede ver como conectado al principio de buena fe.<sup>148</sup> Su aplicabilidad ha sido reconocida en el arbitraje de inversión desde hace tiempo.<sup>149</sup> A pesar de esta discusión, existe un acuerdo general de que la doctrina se puede aplicar al comportamiento de los Estados en procedimientos judiciales o arbitrales. En estas situaciones, si existe una inconsistencia entre las demandas o alegaciones actuales del Estado y su conducta previa, tal divergencia viola el principio de buena fe, al que se deben someter todos los Estados, y más específicamente la prohibición de *venire contra factum proprium*. Consecuentemente se debería precluir a un Estado de adoptar esta nueva postura.<sup>150</sup>

<sup>145</sup> REX-21, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, págs. 8-9.

<sup>146</sup> REX-21, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008, pág. 6: "Dicho Acuerdo [i.e. el TBI], no solo no ha sido aprobado por la Secretaría General del [CIADI], tal y como lo exige [el artículo 4 (1) del Reglamento del Mecanismo Complementario], sino que no hay evidencia de que tal aprobación haya sido solicitada por las partes, para cumplir con la exigencia prevista en la norma in comento".

<sup>147</sup> Ver J. C. MacGibbon, *Estoppel in International Law* (1958) 7 Int'l & Comp. L.J. 468 at 468 y más recientemente, T. Cottier and J-P Müller, *Estoppel in Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007), §§ 9-10, *online*: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law <<http://www.mppil.com>>.

<sup>148</sup> *Golfo de Maine (Canadá v. EE.UU.)*, [1984] I.C.J. Rep. 246 pág. 303 ("los conceptos de *acquiescencia* y *estoppel*, ... ambos derivan de los principios fundamentales de buena fe y equidad.") (traducción libre).

<sup>149</sup> *Amin Asia Corp. v. República de Indonesia*, Laudo sobre Jurisdicción (1983) 23 I.L.M. 351 pág. 381 ("el Tribunal es de la opinión de que el mismo principio general se aplica a las relaciones económicas internacionales que implican a partes privadas. Además, el Tribunal considera que, en particular para las solicitudes en las relaciones internacionales, el concepto completo se concierne por el requisito de buena fe.") (traducción libre).

<sup>150</sup> El Magistrado Alfaro en su voto particular en *Temple of Preah Vihear* se refirió al *estoppel* en el derecho internacional como una "inconsistencia entre las reclamaciones o alegaciones planteadas por un Estado, y su conducta previa a ese respecto, no es admisible"; *Temple of Preah Vihear (Camboya v. Tailandia)*, [1962] I.C.J. Rep. 6 pág. 39-51 (Voto Particular del Vicepresidente Alfaro), § 40.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 50 de 55

142. El Tribunal no ve ninguna razón para entrar en detalles sobre este debate, a pesar de lo interesante e importante que pueda resultar. En el corazón del principio de *estoppel*, incluso asumiendo que fuera aplicable, está la noción de que a una parte se le impide alegar una nueva posición que contradiga una postura previa en la que otra parte ha confiado. Como ha manifestado la Corte Internacional de Justicia, el *estoppel* en el derecho internacional requiere:

una declaración o representación hecha por una parte a la otra y la confianza en ella por la otra parte en su perjuicio o en beneficio de la parte que la haya hecho.<sup>141</sup>

143. En otras palabras, no es suficiente que una parte haya adoptado una conducta inconsistente. También es necesario determinar que la parte contraria estaba al corriente de dicha conducta, confió en ella, y actuó sobre el entendimiento de que la primera parte no se apartaría de la posición original.<sup>142</sup> En el presente caso, la Demandante no puede alegar, de manera que resulte creíble, que confió en la argumentación jurídica de la Demandada, planteada en otro caso, involucrando a otra parte, y que fue rechazada inequívocamente por la Secretaría General de CIADI. Es más, las pruebas indican que el 1 de octubre de 2008, cuando la Demandante presentó su Notificación de Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, sin haberse dirigido ni consultado previamente a CIADI,<sup>143</sup> no podía haber estado al corriente de los detallados argumentos planteados por Venezuela en el caso *Fannessa Ventures*, dado que el contenido de la carta de Venezuela de 23 de agosto de 2004 sólo se puso a disposición de la Demandante cuando Venezuela aportó una copia de dicha carta en este procedimiento.<sup>144</sup> Por lo tanto, es difícil entender cómo la decisión de la Demandante de iniciar un procedimiento CNUDMI en octubre de 2008 puede verse supuestamente influida por los argumentos planteados en otro procedimiento del que la Demandante no tenía conocimiento.

144. El cambio de posición adoptado por Venezuela es congruente con la decisión de la Secretaría General de CIADI. Si Venezuela hubiera mantenido su anterior argumentación, lo habría hecho a sabiendas de que estaba destinada a fracasar de

<sup>141</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Decisión sobre la Solicitud de Intervención, [1990] C.I.J. Rep. 52 pág. 118. Nicaragua intentó evitar que las otras partes del procedimiento se opusieran a su interés legal en intervenir. (traducción libre)

<sup>142</sup> *Pan American Energy LLC v. BP Argentina Exploration Company v. República de Argentina*, Decisión sobre excepciones preliminares (2006) caso CIADI No. ARB/05/13, § 159, añadiendo el requisito de que la confianza debe ser perjudicial ("[l]a esencia del principio de preclusión es que una de las partes se haya basado, con perjuicio para ella, en declaraciones de otra parte, de modo que la inversión de la posición previamente adoptada por la segunda parte ocasionaría una grave injusticia a la primera.")

<sup>143</sup> CEX-7, Notificación de Arbitraje.

<sup>144</sup> REX-23, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 22 de agosto de 2008.

Laudo sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 51 de 55

nuevo. Si el Tribunal adoptara la posición defendida por la Demandante, estaría de hecho castigando a Venezuela por adoptar la posición razonable que resulta de tener en cuenta los motivos de la decisión de la Secretaría General de CIADI.

145. A este respecto, existe un asunto distinto, pero relacionado, que el Tribunal siente que debe tratar, teniendo en cuenta la probabilidad de que la Demandante pueda decidir presentar una nueva solicitud de arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. En el caso de que tal solicitud fuera presentada, sería desafortunado que la Demandada adoptara una posición diferente de la que ha planteado en este procedimiento en cuanto a las propiedades de la disputa que es objeto de este caso y que debe ser referida a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Este asunto surgió durante la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2009. En contestación a una pregunta del Tribunal, la Demandada confirmó, sin matiz alguno, que el foro apropiado para la resolución de esta disputa era el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.<sup>145</sup>

146. El Tribunal ha tomado nota de la confirmación explícita de la Demandada a este respecto. No existen motivos para creer que la Demandada adoptará una postura diferente en cualquier procedimiento futuro bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI, y la Demandante tiene derecho a esperar que se mantenga una posición coherente por la Demandada al comienzo de cualquier procedimiento futuro.

#### VIII.4 Conclusión

147. Bajo el Tratado, la Demandante tiene derecho a iniciar un procedimiento arbitral bajo el artículo XII del Tratado respecto de cualquier disputa que cumpla los requisitos de dicho Tratado. De la misma manera, la Demandada tiene derecho a esperar que la intención de los redactores del Tratado sea respetada en cuanto a la

<sup>145</sup> Ver transcripción de la audiencia procesal de 30 de septiembre de 2009, págs. 42-44.

ÁRBITRO SANDS: ... Está diciendo que cuando esta demanda se presentó bajo este TBI... ¿Venezuela aceptó la jurisdicción sobre la base de que este TBI en relación con esa demanda en el sentido de aceptar que tenía que litigar bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario?

SR. GOODMAN: Eso es correcto.

ÁRBITRO SANDS: Entonces, para que conteste a la pregunta, pregunta del millón, y puede que no quiera contestarla, si hubiera sucedido en este caso, ¿qué habría hecho Venezuela?

SR. GOODMAN: No creo que hubiese tenido más opción que aceptarla. El Tratado es claro. [...]

ÁRBITRO SANDS: Entonces, sin perjuicio de cualesquiera otras objeciones jurisdiccionales que pueda tener Venezuela, la posición es que ... [e]stos temas no deberían estar siendo tratados ante la CPA. [Estos asuntos deberían estar siendo tratados ante el Mecanismo Complementario de CIADI]

SR. GOODMAN: Eso es correcto. Bueno, no ante el Reglamento CNUDMI. [...], (traducción libre)

Lauda sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 52 de 55

elección del foro apropiado. El Tribunal concluye que el procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba, conforme al significado del artículo XII(4) del Tratado, "disponible" para la Demandante el 1 de octubre de 2008, y que ese era, y todavía es, el foro adecuado ante el que presentar esta disputa. Por esta razón, y sobre la base que la Cuestión Preliminar es más bien un asunto de competencia que de admisibilidad (dado que está relacionado con una condición que limita el consentimiento de las Partes a la competencia del Tribunal),<sup>148</sup> el Tribunal decide que no tiene competencia sobre la reclamación presentada por la Demandante.

148. Será la Demandante la que tendrá que decidir el rumbo que puede desear seguir en el futuro. Es libre de iniciar un procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Este Tribunal no prevé que tal solicitud se encuentre con obstáculos en cuanto a la aprobación o el registro, pero ese es un asunto que en última instancia debe decidir otro órgano. Está claro que la posibilidad de que por alguna razón imprevista o imprevisible la Secretaría General de CIADI pueda proceder a no aprobar el acuerdo de arbitraje ni a registrar la solicitud, no puede excluirse. En tales circunstancias el artículo XII(4) del Tratado daría derecho a la Demandante a iniciar un procedimiento bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. La Demandada ha sugerido, que en la tal situación, la Demandante tendría que iniciar un nuevo procedimiento CNUDMI, y solicitar la designación de un nuevo tribunal, ya que según Venezuela existe un defecto en la composición de este Tribunal y tras esta decisión debería convertirse en *functus officio*.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> Ver *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Ruanda)*, [2006] I.C.J. Rep. 5 pág. 39, § 88 "La Corte recuerda a este respecto que su jurisdicción está basada en el consentimiento de las partes y se circunscribe al alcance aceptado por éstas (ver párrafo 65 supra). Cuando el consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un acuerdo internacional, cualquier condición a la que se sujeta ese consentimiento debe considerarse como los límites de ésta. Por consiguiente la Corte considera que el análisis de dichas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la solicitud (ver *Mavrommatis Palestine Concessions*, Sentencia No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, págs. 11-15; Interpretación del Estatuto de territorio de Memel, Fondo, Sentencia, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 49, págs. 327-328; *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Sentencia, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, págs. 78-80; *South West Africa (Etiopía v. Sudáfrica; Liberia v. Sudáfrica)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1962, págs. 344-346; *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)*, Competencia y Admisibilidad, Sentencia, C.I.J. Reports 1984, págs. 427-429, párrs. 81-83; *Acciones unilaterales fronterizas y transfronterizas (Nicaragua v. Honduras)*, Competencia y Admisibilidad, Sentencia, C.I.J. Reports 1988, págs. 88-90, párrs. 42-48; Preguntas sobre la Interpretación y Aplicación de la Convención de Montreuil de 1971 que surgen del Incidente aéreo en Lockerbie (Libya Arab Jamahiriya v. Reino Unido), Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1998, págs. 16-19, párrs. 16-19; págs. 24, párrs. 39-40; Preguntas sobre la Interpretación y Aplicación de la Convención de Montreuil de 1971 que surgen del Incidente aéreo en Lockerbie (Libya Arab Jamahiriya v. Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, Sentencia, C.I.J. Reports 1998, págs. 121-122, párrs. 15-19; p. 129, párrs. 38-39) (traducción libre).

<sup>149</sup> R-12, Escrito de Réplica de la Demandada sobre la Cuestión Preliminar, § 100.

Lauda sobre Jurisdicción  
22 de abril de 2010  
Página 53 de 55

149. El Tribunal ha considerado las consecuencias de dicha situación, por improbable que sea. El Tribunal ha considerado pormenorizadamente la posibilidad de suspender una decisión sobre la Cuestión Preliminar, teniendo en cuenta otros casos en los que el tribunal arbitral ha decidido suspender el procedimiento (en vez de ponerle fin). En particular, el Tribunal ha identificado un número de precedentes que sugieren que un tribunal arbitral internacional puede decidir suspender un procedimiento antes de adoptar una decisión final y definitiva terminando el procedimiento, en circunstancias en las que otro foro competente tiene competencia sobre una parte de la reclamación.<sup>150</sup> Estos casos, sin embargo, siempre trataban con una situación que es diferente a la que nos encontramos aquí, a saber, una con procedimientos paralelos donde dos instancias habían sido iniciadas simultáneamente (o que parecía que iban a ser comenzadas, como en el *Caso MOX Plant*) y un tribunal arbitral se enfrenta entonces a la cuestión sobre si puede – o debe – ejercer su competencia simultáneamente cuando está pendiente la resolución del otro procedimiento. El Tribunal observa que:

- (a) en *SGS v. Filipinas*, por ejemplo, el tribunal arbitral decidió que tenía competencia sobre parte de la reclamación, pero decidió que la demanda no era admisible porque las partes en disputa habían acordado por contrato ir a los juzgados de Filipinas para resolver los asuntos contractuales sobre los que el tribunal había decidido que tenía competencia.<sup>151</sup>
- (b) en el *Caso MOX Plant* (Irlanda v. Reino Unido), un tribunal arbitral constituido bajo el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 ("CNUDM") no concluyó que no tenía competencia o que la demanda no era admisible. En cambio decidió que se encontraba ante una situación en la existían "dudas sustanciales" sobre si la competencia del tribunal del Anexo VII podía "establecerse firmemente respecto de todas o algunas de las reclamaciones de la controversia" en la circunstancia en que todas o algunas de las reclamaciones podrían caer bajo la competencia de la Corte Europea de Justicia, con el resultado de que Irlanda no podría, como una cuestión de Derecho comunitario, formular las reclamaciones ante un tribunal arbitral del Anexo VII de CNUDM. En estas particulares

<sup>150</sup> Ver, p.ej., el *Caso MOX Plant* (Irlanda v. Reino Unido), Orden No. 3 (2003) 42 I.L.M. 1187 ("Caso MOX Plant") en 1199 en *SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas*, Decisión sobre objeciones a jurisdiccionales (2004) Caso CIADI No. ARB/02/06 ("SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas"); *SPP v. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción I (1985) Caso CIADI No. ARB/84/3 ("SPP v. Egipto").

<sup>151</sup> *SGS Société Générale de Surveillance v. República de Filipinas*, § 169.





---

9.

Laudo Ciadi de Jurisdicción  
Brandes *versus* Venezuela

---

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON, D.C.

BRANDES INVESTMENT PARTNERS, LP,  
(DEMANDANTE)

C.

LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
(DEMANDADA)

(CASO CIADI No. ARB/08/3)

## LAUDO

*Miembros del Tribunal*Sr. Rodrigo Oreamuno, *Presidente*  
Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, *Árbitro*  
Prof. Brigitte Stern, *Árbitro**Secretaría del Tribunal*

Sra. Janet M. Whittaker

*En representación de la Demandante*Sr. Michael D. Nolan  
Sr. Edward G. Baldwin  
Sra. Elitza Popova-Talty  
Sr. Frédéric G. Sourgens  
Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP  
International Square Building  
1850 K Street, N.W., Suite 1100  
Washington, DC 20006  
Estados Unidos de América*En representación de la Demandada*Sr. George Kahale, III  
Sr. Mark H. O'Donoghue  
Ss. Miriam K. Harwood  
Sr. Hermann Ferré  
Sra. Claudia Frutos-Peterson  
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP  
101 Park Avenue  
New York, NY 10178  
Estados Unidos de América  
y  
Sra. Gabriela Álvarez-Ávila  
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C.  
Torre Chapultepec  
Rubén Darío 281, Piso 9  
Col. Bosque de Chapultepec  
11580 México, D.F., México

Fecha de envío: 2 de agosto de 2011

1

## ÍNDICE

I. GLOSARIO .....	3
II. HISTORIA PROCESAL .....	4
III. ANTECEDENTES .....	8
IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA LPPI, SEGÚN LAS PARTES .....	10
V. POSICIÓN DEL TRIBUNAL .....	25
VI. COSTOS .....	34
VII. DECISIÓN .....	35

## I. GLOSARIO

- (a) Brundes: Brundes Investment Partners, LP o la Demandante.
- (b) Convenio CIADI: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
- (c) LPPI: Decreto Ley No. 356 con rango y fuerza de, sobre Promoción y Protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 5.390, del 22 de octubre de 1999.
- (d) Memorial sobre Jurisdicción: Memorial de Excepción sobre Jurisdicción de la República Bolivariana de Venezuela, fechado 15 de abril del 2009.
- (e) Memorial de Contestación: Memorial de Contestación de Brundes, fechado 30 de junio del 2009, en relación con la Excepción sobre Jurisdicción presentada por la Demandada.
- (f) Memorial de Réplica: Réplica de la República Bolivariana de Venezuela, fechada 1 de setiembre del 2009, en relación con las Objeciones presentadas por Brundes.
- (g) Memorial de Dúplica: Dúplica de Brundes, fechada 15 de octubre del 2009, en relación con la Excepción sobre Jurisdicción presentada por la Demandada.
- (h) Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandante: Memorial Posterior a la Audiencia, fechado 15 de diciembre de 2010, sobre la Excepción de Jurisdicción planteada por la Demandada.
- (i) Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada: Memorial Posterior a la Audiencia, fechado 15 de diciembre de 2010, de la República Bolivariana de Venezuela, sobre la Excepción de Jurisdicción.
- (j) Venezuela: República Bolivariana de Venezuela o la Demandada.

## II. HISTORIA PROCESAL

1. El 14 de febrero del 2008, Brundes Investment Partners, LP, una compañía de asesoría en materia de inversión, registrada en los Estados Unidos, presentó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o "el Centro"), una Solicitud de Arbitraje (la "Solicitud") contra la República Bolivariana de Venezuela. El 24 de marzo del 2008, el Centro registró la Solicitud.
2. La Demandante está representada en este proceso por la firma de abogados Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP de Washington, DC. Desde el 22 de febrero del 2008, la Demandada ha estado representada en este proceso por la firma de abogados Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP de Nueva York y SC de la Ciudad México.
3. Mediante carta de fecha 28 de marzo del 2008, la Demandante nombró al Profesor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, nacional de Alemania, como árbitro.
4. Mediante carta de fecha 14 de mayo del 2008, la Demandada nombró a la Profesora Brigitte Stern, nacional de Francia, como árbitro.
5. Por no haberse constituido el tribunal dentro de los 90 días siguientes al registro de la Solicitud, mediante carta de fecha 12 de septiembre del 2008, la Demandante solicitó al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que nombrara al tercer árbitro, quien presidiría el tribunal, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio CIADI y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje ("Reglas de Arbitraje CIADI"). El 5 de diciembre del 2008, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Dr. Robert Briner, nacional de Suiza, como Presidente del Tribunal.
6. Después de haber aceptado todos los árbitros sus nombramientos, el Tribunal quedó constituido el 8 de diciembre del 2008. La señora Katia Yannaca-Small, Consejera Jurídica Superior del CIADI, fue nombrada como Secretaria del Tribunal.
7. El 15 de diciembre del 2008, después de consultar con las Partes y con el Centro, el Tribunal fijó el 29 de enero del 2009, como fecha para la primera sesión a celebrarse en el Centro de Conferencias del Banco Mundial, en París. En esa misma fecha, la Secretaria del

Tribunal remitió a las Partes una agenda provisional y las invitó a conversar e indicar al Tribunal, a más tardar el 16 de enero del 2009, los puntos de la agenda provisional sobre los cuales hubieran podido llegar a un acuerdo. Las Partes también fueron invitadas a notificarle al Tribunal sobre cualquier otro asunto que quisieran ver incluido en la agenda. Mediante presentación conjunta de fecha 16 de enero del 2009, las Partes comunicaron al Tribunal sus posiciones y puntos de vista con relación a la agenda provisional.

8. El 19 de diciembre del 2008, la Demandada presentó su Excepción Preliminar, de conformidad con la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI.
9. El 12 de enero del 2009, la Demandante presentó sus Observaciones sobre la Excepción Preliminar presentada por la Demandada en fecha 19 de diciembre del 2008.
10. La primera sesión del Tribunal y la audiencia sobre la excepción preliminar presentada por la Demandada tuvo lugar el 29 de enero del 2009, en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París. Presentes en la sesión estuvieron:

### Miembros de Tribunal

Dr. Robert Briner, *Presidente*  
Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, *Árbitro*  
Prof. Brigitte Stern, *Árbitra*

### Secretaría del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

### Representando a la Demandante

Sr. Michael D. Nolan, *Milbank, Tweed, Hadley, & McCloy LLP*  
Sr. Frédéric Sourgens, *Milbank, Tweed, Hadley, & McCloy LLP*

### Representando a la Demandada

Sr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sr. Mark H. O'Donoghue, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sra. Gabriela Álvarez Ávila, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle SC*  
Sr. Carlos Arvelaiz, *Director Legal del Ministerio de Telecomunicaciones e Informática Tecnológica, República Bolivariana de Venezuela*  
Sra. Alejandra Hidalgo, *Ministerio de Telecomunicaciones e Informática Tecnológica, República Bolivariana de Venezuela*



11. El párrafo 14 de la Minuta de la Primera Sesión dice lo siguiente:

**"Número y secuencia de Alegatos, Límites de Tiempo y Documentación de Soporte (Reglas de Arbitraje 20 (1) (c) y 31)**

La Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal. La Demandante alega que el Tribunal tiene competencia para decidir sobre el fondo de este procedimiento. De conformidad con la Regla de Arbitraje 41, y conforme a lo acordado durante la sesión, el Tribunal conocerá de la excepción a la jurisdicción de la Demandada, limitada a la interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversión Extranjera de Venezuela como base para la jurisdicción en este caso, antes de considerar el fondo de la reclamación presentada en la Solicitud de Arbitraje.

Durante la sesión, las Partes acordaron y el Tribunal confirmó el siguiente calendario para conocer de las excepciones jurisdiccionales de la Demandada...". (Traducción del Tribunal)

12. En la Primera Sesión del Tribunal, los abogados de ambas Partes presentaron oralmente sus posiciones sobre la excepción preliminar de la Demandada, según la Regla 41(5), y respondieron las preguntas que les fueron planteadas por el Tribunal.
13. La Decisión del Tribunal sobre la Excepción Preliminar presentada por la Demandada, conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje de fecha 2 de febrero del 2009, fue notificada a las Partes el 4 de febrero del 2009. Una decisión razonada les fue remitida a las Partes el 3 de abril del 2009.
14. La Demandada presentó su Memorial de Excepción a la Jurisdicción el 15 de abril del 2009. El 30 de junio del 2009, la Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. La Demandada presentó su Réplica sobre Jurisdicción el 1 de septiembre del 2009 y la Demandante presentó su Dúplica sobre Jurisdicción el 15 del Octubre de 2009.
15. Mediante carta de fecha 28 de julio del 2009, el Dr. Briner presentó, a los demás árbitros y a la Secretaría General del CIADI, su renuncia, debido a problemas de salud. De conformidad con la Regla de Arbitraje 10(2), el procedimiento quedó suspendido hasta que la vacante creada por la renuncia del Dr. Briner pudiese ser llenada.
16. Las Partes no pudieron llegar a un acuerdo con respecto a un candidato que reemplazara al Dr. Briner como presidente del Tribunal. Por lo tanto, mediante carta de fecha 20 de noviembre del 2009, la Demandante solicitó al CIADI que procediera al nombramiento del nuevo

Presidente, de conformidad con la Regla 11(1) de las Reglas de Arbitraje. Luego de consultar con las Partes, el 22 de diciembre del 2009, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al señor Rodrigo Oreamuno, nacional de Costa Rica, como tercer árbitro y presidente del tribunal para este caso. El 23 de diciembre del 2009, tras la aceptación de del señor Oreamuno de su designación, la Secretaría General del CIADI confirmó que el proceso se había reanudado.

17. El 9 de septiembre del 2010, la señora Janet Whittaker fue nombrada Secretaria del Tribunal, luego de que concluyera el traslado temporal de la señora Katia Yannaca-Small al CIADI, proveniente de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.
18. Los días 15 y 16 de noviembre del 2010 se celebró una audiencia oral sobre jurisdicción en las oficinas del Banco Mundial, en Washington D.C. En la audiencia estuvieron presentes:

Miembros del Tribunal

Sr. Rodrigo Oreamuno, *Presidente*  
Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, *Árbitro*  
Prof. Brigitte Stern, *Árbitro*

Secretaría de CIADI

Janet Whittaker, *Secretaria del Tribunal*

Representando a la Demandante

Sr. Michael D. Nolan, *Milbank, Tweed, Hadley, & McCloy LLP*  
Sr. Edward G. Baldwin, *Milbank, Tweed, Hadley, & McCloy LLP*  
Sr. Frédéric Sourgens, *Milbank, Tweed, Hadley, & McCloy LLP*  
Sr. Andrés Mezgravis, *Mezgravis y Asociados*  
Sr. Ian Rose, *Brandes Investment Partners, LP*  
Sra. Roberta Loubier, *Brandes Investment Partners LP*

Representando a la Demandada

Sr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sr. Mark H. O'Donoghue, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sra. Claudia Frutos-Peterson, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sras. Katiria Calderón, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Sra. Elisa Botero, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*  
Dr. Jesús Centeno, *República Bolivariana de Venezuela*

19. Luego de la audiencia, el 15 de diciembre del 2010, las Partes presentaron sus respectivos Memoriales Posteriores a la Audiencia.
20. El Tribunal deliberó en la ciudad de Nueva York, el 14 de enero del 2011.
21. El Tribunal ha tomado en consideración todos los alegatos, documentos y testimonios presentados en este caso.
22. La emisión del presente Laudo constituye la clausura de este procedimiento.

### III. ANTECEDENTES

23. El 2 de febrero del 1999, el señor Hugo Chávez Frías asumió el cargo de Presidente de la entonces denominada República de Venezuela. Poco tiempo después de que él asumiera el poder, se nombró una Asamblea Constituyente, a la que se le encargó la tarea de redactar una nueva Constitución Política que reemplazara la del año 1961. La nueva Constitución fue promulgada el 20 de diciembre de 1999.
24. Como resultado de una fuerte caída en el precio del petróleo en el año 1998, cuando el Presidente Chávez tomó el poder en febrero de 1999, la economía de su país se encontraba en una situación difícil. Sin embargo, para finales del año 1998, los precios del petróleo habían comenzado a subir, y para finales de 1999, los precios del petróleo habían triplicado los de 1998.<sup>1</sup>
25. Como parte de sus esfuerzos por reactivar la economía, el Gobierno de Venezuela promulgó la Ley de Protección y Promoción de Inversiones ("LPPI"). Fue emitida por el Presidente Chávez, en uso de las facultades que le habían sido conferidas por la nueva Constitución Política, en la forma de un "decreto ejecutivo con rango y fuerza de Ley", el 3 de octubre de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial del 22 de octubre del 1999.
26. Según se indicó en los párrafos 11 y 14 de este Laudo, la Demandada objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia de este Tribunal para dilucidar la controversia existente

<sup>1</sup> Memorial de Réplica, § 13.

entre las Partes; la Demandante se opuso a la solicitud de Venezuela y afirmó, que este Tribunal sí tiene competencia para resolver la diferencia surgida entre las Partes.

27. La Solicitud de Arbitraje formulada por Brandes se basa, esencialmente, en su afirmación de que el Artículo 22 de la LPPI contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. La Demandada sostiene que esa afirmación no es correcta. En esencia, esta es la única cuestión que se le presenta a este Tribunal en esta etapa procesal.

28. El Tribunal ha considerado cuidadosamente los extensos alegatos expuestos por las Partes en sus presentaciones escritas y orales, referentes a cuestiones fácticas y jurídicas, así como las opiniones de expertos y otra documentación aportada al expediente. Todos estos documentos han sido sumamente útiles para el Tribunal. En este Laudo, el Tribunal analiza los argumentos de las Partes que considera más relevantes para su decisión sobre la excepción de jurisdicción planteada por la parte Demandada a la cual se hace referencia en el precitado párrafo 27. El razonamiento del Tribunal, aun cuando no se refiere expresamente a todos los argumentos hechos por las Partes, se fundamenta en todos ellos, en lo que concierne a los factores considerados por el Tribunal como determinantes para decidir el asunto que se discute en esta etapa del proceso.

29. Las Partes fundamentan los argumentos expuestos en sus presentaciones orales y escritas, en numerosas decisiones de otras cortes y tribunales arbitrales. Por este motivo, el Tribunal considera conveniente consignar algunas observaciones preliminares, de índole general, sobre este tema.

30. En primer lugar, el Tribunal estima útil dejar establecido desde el principio, que considera que su tarea en esta fase del procedimiento es, específicamente, la de analizar el alcance del Artículo 22 de la LPPI y otras normas del ordenamiento jurídico venezolano, con el fin de resolver la disputa que ha surgido entre las Partes sobre este tema. Para cumplir con este propósito, deberá analizar la relación que exista entre el mencionado Artículo 22 y las demás normas jurídicas de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 25 del Convenio CIADI. Al interpretar este último texto, el Tribunal tomará en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual establece, en particular, que un

tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

31. El Tribunal considera que las decisiones de otros tribunales arbitrales no son decisivas para resolver este asunto. Además, es evidente que esas decisiones no son vinculantes para este Tribunal. Sin embargo, lo expuesto no le impide a este Tribunal considerar el contenido de las decisiones dictadas por otros tribunales arbitrales y los argumentos de las partes sobre las cuales se basan esas decisiones, en el tanto que esclarezcan el asunto a ser resuelto en esta etapa procesal.

#### IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA LPPI, SEGÚN LAS PARTES

32. El Tribunal analizará a continuación las metodologías propuestas por cada una de las Partes para la correcta interpretación el Artículo 22 de la LPPI. Este artículo dispone textualmente lo siguiente:

"Las 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, o las controversias 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), serán 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".<sup>2</sup>

33. Durante este proceso las Partes han expresado sus opiniones en el sentido de que el contenido del Artículo 22 de la LPPI es claro. La República Bolivariana de Venezuela considera que este es el caso y, argumenta que este artículo no contiene el consentimiento de esa Nación a la jurisdicción CIADI. La Demandante sostiene que no existe ninguna duda de que ese artículo contiene dicho consentimiento.

34. La doctrina y la jurisprudencia que se refieren al consentimiento en materia de arbitraje han señalado que dicho consentimiento se puede dar por diferentes medios y han reconocido la

<sup>2</sup> Ver Documento de Prueba, R-15.

posibilidad de que se exprese, no sólo por medio de la legislación nacional, sino también, por medio de tratados sobre protección de inversiones:

"Otra técnica para consentir al arbitraje es mediante una disposición en la legislación nacional del estado receptor, a menudo en su código de inversiones. Dicha disposición ofrece al inversionista extranjero el arbitraje CIADI en términos generales. Muchos estados importadores de capital han adoptado estas disposiciones. Debido a que el consentimiento al arbitraje tiene siempre como base el acuerdo entre las partes, la mera existencia de dicha disposición en la legislación nacional no será suficiente. El inversionista puede aceptar la oferta por escrito en cualquier momento mientras la legislación esté vigente. De hecho, la aceptación puede darse simplemente instituyendo el procedimiento".<sup>3</sup> (Traducción del Tribunal)

"Como se indica en el Informe de los Directores Ejecutivos ... los redactores del Convenio, que entró en vigor ocho años antes de la promulgación del Artículo 8, anticiparon que un Estado podría, unilateralmente, proveer por adelantado el "consentimiento por escrito" a la jurisdicción del Centro a través de la legislación en materia de inversión".<sup>4</sup> (Traducción del Tribunal)

35. Según han coincidido las Partes en este proceso,<sup>5</sup> la interpretación de una norma jurídica y, concretamente, en este caso, la del Artículo 22 de la LPPI, debe partir de un **análisis puramente gramatical**; si como resultado de ese análisis inicial no se logra definir con claridad el significado de la norma, se hace necesario escudriñar el **contexto** en el que fue promulgada, lo cual debe comprender el estudio de otras disposiciones del sistema jurídico venezolano referentes a la misma materia y, especialmente, considerando la jerarquía de las normas de ese sistema, de acuerdo a la Constitución Política de esa Nación. Otros elementos que deberán utilizarse para interpretar con claridad el contenido del Artículo 22 son las **circunstancias** en las que fue promulgado y los **finés** que ese texto pretendía alcanzar. El Tribunal seguirá esos lineamientos en el desarrollo siguiente.

36. Debido a que el citado Artículo 22, en lo que respecta a este arbitraje, es una declaración unilateral de Venezuela, resulta evidente que el proceso inicial de interpretación debe hacerse

<sup>3</sup> Ver Documento de Prueba, Ex. Pellet-18; Christoph Schreuer, *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Dispute Settlement*, 2.3. *Consent to Arbitration*. Conferencia de las Naciones Unidas en Comercio y Desarrollo (2003) página 6.

<sup>4</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI ARB/84/3), Decisión sobre Excepciones sobre Jurisdicción ("SP"), 14 de abril de 1988, § 98.

<sup>5</sup> Memorial de Contestación, § 42; Memorial de Réplica § 42.

dentro de los parámetros fijados por el sistema legal de esa República, partiendo de la Constitución Política como norma suprema de esa Nación. Sin embargo, como los resultados de esa interpretación tendrán efectos directos sobre lo dispuesto por el Artículo 25 del Convenio CIADI, en lo que concierne a este proceso, las conclusiones que resulten del análisis inicial deberán armonizarse con los principios del derecho internacional.<sup>6</sup>

37. El Artículo 22 se refiere a las siguientes controversias:

- a. Las que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones;
- b. Aquellas a las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA);
- c. Las controversias a las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI).

El artículo dispone que esas controversias "... serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece...".

38. En cuanto a las primeras dos clases de controversias, las Partes coinciden en la interpretación del artículo. No ocurre lo mismo con respecto a la última clase; esa diversidad de interpretaciones es la que motiva la disensión que se dilucidará en este Laudo.

39. Las Partes realizaron su propio análisis gramatical del Artículo 22 el cual las llevó a resultados opuestos.

<sup>6</sup> Ver también *Comer Caracas Investment B.V. v. Comer Caracas II Investment B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CIADI ARB/08/15), Decisión sobre Jurisdicción, del 20 de diciembre del 2010, ¶ 79 ("Comer") ("Los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI sus ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano o inversionistas extranjeros conforme al Convenio del CIADI. Esas ofertas pueden incorporarse o no a la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse de acuerdo con el Convenio del CIADI y los principios de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados.")

40. La Demandada concluyó que:

"Como se explica detalladamente más adelante, el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no contiene el consentimiento de la República de someter a arbitraje las disputas en materia de inversión, como alega la Demandante...

Según su texto, el Artículo 22 sólo provee el sometimiento al arbitraje 'en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece'. No constituye, en sí mismo, una oferta permanente y general de someter a la jurisdicción del CIADI cualquier diferencia relativa a inversión con un inversionista de un país que sea signatario del Convenio CIADI..."<sup>7</sup> (Traducción del Tribunal)

41. La Demandante lo interpreta de manera distinta:

"Una construcción gramatical del Artículo 22, por lo tanto, tiene como resultado que el Artículo 22 constituye un consentimiento permanente al arbitraje internacional respecto de las controversias que pudieran caer dentro del ámbito del Convenio CIADI. El tiempo verbal utilizado en el Artículo 22 deja claro que no es necesario que la controversia haya sido sometida ya al arbitraje del CIADI, para que se aplique la obligación de someterla a arbitraje internacional. Por el contrario, la controversia sólo debe ser una arbitrable conforme al Convenio - o una a la cual el Convenio 'le sea aplicable'. La combinación del modo subjuntivo, con respecto de la aplicabilidad del Convenio CIADI a la disputa, y el modo imperativo, respecto a la interposición de la controversia al arbitraje, de manera inequívoca constituye un consentimiento permanente al CIADI por parte de la Demandada, según el Artículo 22".<sup>8</sup> (Traducción del Tribunal)

42. La Demandante insiste en que, además de que una interpretación gramatical conduce, inexorablemente, a la conclusión de que el Artículo 22 de la LPII contiene el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI, esa posición se fortalece con el análisis del contexto de ese artículo. En ese proceso, comienza por comentar lo dispuesto en el Artículo 258 de la Constitución Política de esa Nación, que literalmente dispone<sup>9</sup>:

"La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme la ley.

La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

<sup>7</sup> Memorial sobre Jurisdicción, § 5.

<sup>8</sup> Memorial de Contestación, § 53.

<sup>9</sup> Memorial de Contestación, § 67.



43. La Demandada no está de acuerdo con la posición de Brandes y afirma que la norma constitucional citada no puede servir de base para alegar el sometimiento unilateral de la República Bolivariana de Venezuela al CIADI, supuestamente contenido en el precitado artículo 22:

"... la Ley de Inversiones refleja una política consistente de ampliar los remedios arbitrales domésticos, en vez de los internacionales, excepto en el contexto de los tratados bilaterales o multilaterales que otorgan beneficios recíprocos a los inversionistas venezolanos. Esta preferencia por el arbitraje venezolano es totalmente consistente tanto con el Artículo 258 de la Constitución, que hace referencia a la promoción de múltiples formas de resolución alternativa de disputas dentro del sistema legal de Venezuela, como con el Artículo 5° de la Ley de Inversiones, que requiere que a los inversionistas venezolanos se les dé el mismo trato que a los inversionistas extranjeros".<sup>10</sup> (Traducción del Tribunal)

44. Para Brandes, otras normas de la LPPI confirman su afirmación de que el Artículo 22 contiene el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.<sup>11</sup> Venezuela no comparte esa opinión. Con el fin de fortalecer sus respectivos puntos de vista, las Partes también analizan otros artículos de la LPPI.

45. De acuerdo con Venezuela:

"Aun así limitado, la parte del texto del Artículo 22 que hace referencia a controversias regidas por el Convenio CIADI, no definió el ámbito de la controversia a ser sometida a arbitraje. En contraste, el Artículo 21 hizo referencia a controversias "en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley," mientras que el Artículo 23 cubría "cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley." Un lenguaje similar apareció en cada uno de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela antes de octubre de 1999, los cuales usualmente definen el ámbito de la controversia que se arbitraría como una violación de los términos de los Tratados Bilaterales de Inversión".<sup>12</sup> (Traducción del Tribunal)

<sup>10</sup> Memorial de Réplica, § 85.

<sup>11</sup> Memorial de Réplica, § 63.

<sup>12</sup> Memorial de Réplica, § 50.

"Al darles a los inversionistas el derecho a escoger los tribunales arbitrales venezolanos en el Artículo 23, la República efectivamente dio su consentimiento unilateral permanente al arbitraje nacional de las controversias que surgieran de acuerdo con la Ley de Inversiones. Este consentimiento, que fue dado tanto a inversionistas nacionales como extranjeros, representó una ampliación significativa de los derechos de los inversionistas, al grado que se les ofrecía un foro en el que árbitros de conocimiento más especializado considerarían sus reclamos".<sup>13</sup> (Traducción del Tribunal)

46. Brandes sostiene lo contrario y afirma que:

"Las disposiciones de la Ley de Inversiones, distintas del Artículo 22, hablan de arbitraje comercial en términos de "se pueden someter" y utilizan términos que son menos obligatorios que las disposiciones del Artículo 22. El argumento de Brandes en su Memorial de Contestación y en la opinión experta del Profesor Caron se da *el contrario*: si el legislador hubiese querido usar lenguaje opcional de presentación, podría haberlo hecho. Así, el Artículo 18 claramente requiere un consentimiento por escrito adicional para que el arbitraje comercial sea aplicable. De manera similar, la referencia en el Artículo 23 opera como que se "puede" someter a arbitraje".<sup>14</sup> (Traducción del Tribunal)

"También hay preguntas significativas sobre la manera en la que, estructuralmente, el Artículo 23 operaría como un consentimiento independiente al arbitraje. Así, uno podría alegar que disposiciones similares sobre arbitraje exigen el contrato de estabilidad jurídica especial establecido en el Artículo 18 de la Ley de Inversiones y, además, son formuladas en términos opcionales en el Artículo 23. Por lo tanto, uno podría razonablemente preguntar ¿por qué habrían de existir requisitos específicos para obtener una cláusula de arbitraje comercial similar, como parte de un contrato de inversión que ya era aplicable por disposición legal? Sin embargo, la Demandada ha reconocido que el Artículo 23 es un consentimiento permanente al arbitraje. *A fortiori*, el Artículo 22 debe también ser considerado como un consentimiento, dado según sus propios términos obligatorios".<sup>15</sup> (Traducción del Tribunal)

47. Además de analizar el contexto del Artículo 22 de la LPPI, las Partes se refieren a las **circunstancias** relacionadas con la promulgación de ese artículo. Expresan sus posiciones en la forma que se consigna en los párrafos siguientes.

48. La Demandada comenta varias **decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela** y, en particular, la decisión dictada en ocasión de un Recurso de Interpretación interpuesto por Hildegard Rondón de Sansó, Álvaro Silva Calderón, Beatrice Sansó de Ramírez y otros, actuando en representación de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el

<sup>13</sup> *Id.*, § 32. (énfasis de la Demandada)

<sup>14</sup> Memorial de Réplica, § 62.

<sup>15</sup> Memorial de Réplica, § 63.

Artículo 258 de la Constitución Política (expediente número 2008-0763), en la que el Tribunal examinó el texto del Artículo 22 y concluyó que:

"De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), sí se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto -Vid. Artículos 57 y 58 del Convenio y 1, 2 y 4 del Anexo II-; situación que no ocurre para el caso del Artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató *supra*, en donde se ha señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral)".<sup>16</sup>

49. Al contrario de Venezuela, Brandes cuestiona la objetividad de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia a las que esa Nación le confiere tanta trascendencia y señala, además:

"La decisión de la sala constitucional fue objeto de disidencia. La opinión disidente resaltó que la sala *constitucional* no se había pronunciado sobre una cuestión constitucional en lo absoluto. Concluyó que la interpretación del Artículo 22 había sido alcanzada *ultra vires*".<sup>17</sup> (Traducción del Tribunal)

"El 16 de junio de 2009, la sala constitucional de la suprema corte expidió lo que calificó como una "Nota de Prensa", que buscaba resumir fallos anteriores sobre inmunidad soberana. En su nota de prensa, la sala constitucional manifestó que consideraba a la Demandada inmune a la ejecución de los laudos del CIADI dictados en su contra, en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversión. Asimismo, por medio de un comunicado de prensa, la sala constitucional da a entender que le *arroga* a la Demandada el derecho de 'denunciar o modificar el acuerdo firmado antes de 1999 con otros países en los cuales la resolución de controversias era sometida a organismos internacionales'.<sup>18</sup> (Traducción del Tribunal)

50. Otro de los elementos que la Demandante cita en apoyo de su posición de que el Artículo 22 contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del

<sup>16</sup> Ver Documento de Prueba, RL-18, Tribunal Supremo de Justicia, expediente 2008-0763, fechado 17 de octubre del 2008, página 48. (énfasis en el original)

<sup>17</sup> Memorial de Contestación, § 28. (énfasis del Tribunal)

<sup>18</sup> *Id.*, § 29. (énfasis del Tribunal)

CIADI son los sitios web de las embajadas de ese país en Corea, Suiza y Estados Unidos, y el de su consulado en Barcelona:

"Todos estos esfuerzos promocionales establecen *primero* que la Demandante tenía muchos deseos de que se leyese la Ley de Inversiones; *segundo* que conocía y anunciaba la importancia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias; *tercero* que sus declaraciones indicaban expresamente que la Ley de Inversiones incluía un mecanismo de arbitraje internacional.

Tal y como explica la Demandada, tales esfuerzos promocionales han sido reconocidos como significativos en decisiones anteriores del CIADI...".<sup>19</sup> (Traducción del Tribunal)

"Venezuela anunció internacionalmente que la Ley de Inversiones abre la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional. Por ejemplo, el sitio en internet del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Demandada para su embajada en Corea...".<sup>20</sup> (Traducción del Tribunal)

"... Las afirmaciones expuestas por la Demandada en su Réplica son contradichas por sus propios anuncios dirigidos a los inversionistas extranjeros. Por ejemplo, contrario a lo expuesto en la Réplica, la Demandada publicó en el sitio web de su Embajada en Suiza y de su Consulado en Barcelona, así como también en comunicaciones dirigidas a inversionistas extranjeros que 'la política de promoción de inversión es un reflejo del diseño Constitucional con respecto a la economía. La Constitución de 1999 previó... una preferencia por mecanismos alternativos de resolución de disputas como arbitraje, conciliación y mediación...'. En los Estados Unidos, la Embajada de la Demandada publicó similares notas de prensa estableciendo, por ejemplo, 'La Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela ofrece grandes ventajas a nuestros país como una zona neutral para diferentes países...'.<sup>21</sup> (Traducción del Tribunal)

51. Venezuela le resta importancia a lo expresado en esos sitios web y afirma que en ninguno de ellos se anuncia su supuesta aceptación de la jurisdicción del CIADI:

"La Relación de Hechos de la Demandante no cita discursos, publicaciones o comunicaciones actualizados de ningún agente o agencia gubernamental que indiquen que el Artículo 22 de la Ley de Inversión tenía la intención de otorgar la oferta unilateral de consentimiento de la República de someter todas las controversias en materia de inversión al arbitraje internacional ante el CIADI. Tampoco citan ningún artículo noticioso o comentarios sobre la Ley de Inversión emitido inmediatamente después de su promulgación...".<sup>22</sup> (Traducción del Tribunal)

<sup>19</sup> Memorial de Dúplica, § 82. (énfasis de la Demandante)

<sup>20</sup> Memorial de Contestación, § 34.

<sup>21</sup> Memorial de Dúplica, § 5.

<sup>22</sup> Memorial de Réplica, § 33.

52. En el párrafo 39 de su Dúplica, Brandes señala que una institución semi-gubernamental llamada CONAPRI anunció en septiembre de 1999, la aprobación de la LPPI. Así mismo indicó que la "política de promoción de inversión a favor del arbitraje internacional fue anunciada como estaba reflejada en la Ley de Inversión, la cual provee el arbitraje internacional contra el estado como un medio de resolución de controversias entre el inversionista y el estado". Igual referencia hace Brandes en el párrafo 79 de su Dúplica, en la que afirma que la publicación de CONAPRI estaba dirigida a los inversionistas extranjeros y que se refería específicamente a los mecanismos para la resolución de disputas.

53. La Demandada está en desacuerdo con las afirmaciones de Brandes, y sostiene que los documentos que Brandes usa para demostrar el supuesto anuncio de que Venezuela consintió a la jurisdicción del CIADI no sustentan esa afirmación. Concretamente, alega que el precitado boletín de CONAPRI, que fue emitido antes de la promulgación de la LPPI, apoya la posición de la Demandada, en el sentido de que el Artículo 22 reconoció los compromisos adquiridos según los tratados vigentes pero no creó ningún nuevo compromiso, por lo que no constituye un consentimiento abierto al arbitraje del CIADI.<sup>23</sup>

54. Venezuela agregó, además, que:

"No hay evidencia de que los inversionistas o sus asesores legales venezolanos hayan considerado el Artículo 22 como un consentimiento al arbitraje del CIADI o que fuese de especial importancia para los inversionistas extranjeros. No hay mención alguna de esta posibilidad, por ejemplo, en el estudio de marzo del 2000 titulado "Régimen Legal para la Inversión Extranjera en Venezuela", el cual fue publicado por el Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), una entidad pública-privada establecida para promover las inversiones en Venezuela".<sup>24</sup> (Traducción del Tribunal)

55. En varias de sus presentaciones Brandes se ha referido a algunos materiales a los que ha llamado "evidencia documental contemporánea".<sup>25</sup> Afirma que la nota de la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República ("CORDIPLAN"), publicada el

<sup>23</sup> Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, § 36 (iv).

<sup>24</sup> Memorial de Réplica, § 34.

<sup>25</sup> Ver Carta de Brandes remitida al Tribunal el 10 de enero del 2011, respecto a la Decisión sobre Jurisdicción de *Comet*, página 2.

30 de abril de 1999 fue "...el equivalente de historia legislativa ya que el Artículo 22 fue un decreto ejecutivo del cual CORDIPLAN era responsable".<sup>26</sup>

56. La Demandada discrepa completamente de esta posición, y dice, en síntesis, lo siguiente:

"Las declaraciones atribuidas al entonces Presidente electo Chavez en la reunión del 8 de enero de 1999 (Documento de Prueba C-10) y el comentario en el Programa Económico de Transición de CORDIPLAN (Documento de Prueba C-30) son de naturaleza general y no hacen mención alguna al Artículo 22".<sup>27</sup> (Traducción del Tribunal)

57. Las Partes han discutido extensamente sobre la relevancia que tiene la posición del señor **Werner Corrales** para la interpretación del Artículo 22 de la LPPI. Como parte de su explicación de las circunstancias en las que esa ley fue promulgada, la Demandante sostiene que, en su publicación denominada "Algunas Ideas Relativas al Diseño de un Régimen Legal de Promoción y Protección de Inversiones en Venezuela",<sup>28</sup> el señor Corrales, quien fue un funcionario del Gobierno que participó en la redacción de la LPPI, afirma que esa ley contiene el consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI.<sup>29</sup> También insiste Brandes, en otra parte de su Memorial de Contestación, sobre la relevancia del rol desempeñado por el señor Corrales y por la citada publicación, como sustento de su tesis de que la LPPI contiene el consentimiento unilateral de Venezuela al arbitraje del CIADI.<sup>30</sup>

58. De la misma manera, en varias partes de su Dúplica, particularmente en el párrafo 21, Brandes expresa que el señor Corrales, al igual que otros funcionarios del Gobierno de Venezuela, confirmaron que el Artículo 22 de la LPPI fue redactado con el fin de otorgar el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. En la razón al pre número 64 citada en ese párrafo, Brandes se refiere no solamente a la publicación llamada "Algunas Ideas Relativas al Diseño de un Régimen Legal de Promoción y Protección de Inversiones en Venezuela" sino también, a otra publicación hecha por el señor Corrales junto con la señora Marta Rivera, titulada

<sup>26</sup> *Id.*, página 3-4.

<sup>27</sup> Ver Carta de la República Bolivariana de Venezuela remitida al Tribunal el 10 de enero del 2011, § 2.

<sup>28</sup> Ver Documento de Prueba, C-32.

<sup>29</sup> Memorial de Contestación, § 3, nota al pie número 6.

<sup>30</sup> *Id.*, § 83 y nota al pie número 230.

"Algunas Ideas sobre el Nuevo Régimen de Promoción y Protección de Inversiones en Venezuela"<sup>31</sup>, y a una conferencia pronunciada por ese señor en CEDCA.<sup>32</sup>

59. En el párrafo 99 de su Réplica, Venezuela le resta autoridad al señor Corrales y se refiere a él como "un economista descrito por la actora como un 'redactor de la Ley de Inversiones'", en los párrafos siguientes expresa su opinión sobre ese señor. En el párrafo 101 agrega que, en la década siguiente a la promulgación de la LPPI "...el señor Corrales no tuvo un rol discernible en promover o comentar la Ley de Inversión" y minimiza su participación en la redacción de esta ley y su objetividad para comentarla.

60. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada insiste en cuestionar los méritos del señor Corrales como intérprete del Artículo 22 y señala que él no rindió declaración como testigo en el caso de *Mobil v. Venezuela* ni en ningún otro.<sup>33</sup>

61. En sus esfuerzos por interpretar el verdadero contenido del Artículo 22 de la LPPI, las Partes analizan las circunstancias históricas en las que esa normativa fue promulgada. En su Memorial de Contestación,<sup>34</sup> Brandes describe la situación que vivía Venezuela en el año 1999. Particularmente se refiere a los siguientes hechos:

- a. Estaba ocurriendo una fuga de capitales y este proceso se había acelerado con motivo de la elección del Presidente Hugo Chávez.<sup>35</sup> (Traducción del Tribunal)
- b. Las negociaciones para suscribir un TBI entre Venezuela y los Estados Unidos de América (en ese entonces el socio comercial más importante de Venezuela) habían terminado.<sup>36</sup> (Traducción del Tribunal)
- c. Cuando el Presidente Chávez asumió su cargo "...el crudo pesado venezolano continuaba negociándose a menos de US\$10 el barril, un nivel que daba comparativamente poco

<sup>31</sup> Ver Documento de Prueba, C-6.

<sup>32</sup> Ver Documento de Prueba, C-11.

<sup>33</sup> Memorial Posterior a la Audiencia de la República Bolivariana de Venezuela, § 34 y razón al pie número 71.

<sup>34</sup> Memorial de Contestación, §§ 8-13.

<sup>35</sup> *Id.*, § 3.

<sup>36</sup> *Id.*, § 9.

incentivo comercial para que inversionistas de los Estados Unidos le hicieran frente al significativo riesgo político que existía en Venezuela".<sup>37</sup> (Traducción del Tribunal)

62. A juicio de Brandes, esas circunstancias y la necesidad imperiosa de atraer inversiones extranjeras a su territorio, llevaron a la Demandada a hacer la concesión de sometimiento al arbitraje del CIADI contenida en el Artículo 22:

"La ley fue preparada mientras las negociaciones de un Tratado Bilateral de Inversión con los Estados Unidos, el socio comercial más grande de Venezuela, estaban estancadas. Su objetivo declarado era el de atraer inversión extranjera y proporcionar un ambiente estable para la inversión - un propósito que se volvió urgente debido a la fuga de capitales de Venezuela, exacerbada por la elección de Hugo Chávez a la presidencia. El contexto confirma que el Artículo 22 tenía el propósito de consentir al arbitraje de las controversias sobre inversión que surgiesen de conformidad con la ley, con inversionistas extranjeros, particularmente estadounidenses, en un foro neutral, tal como CIADI, si tales inversionistas extranjeros no estaban todavía protegidos por tratados bilaterales de inversión".<sup>38</sup> (Traducción del Tribunal)

63. Brandes concluye que, si se analiza la LPPI en las circunstancias históricas en las que fue promulgada, se hace evidente su intención de atraer inversionistas extranjeros. Por esa razón, afirma, fue estructurada en una forma similar a los tratados bilaterales de inversión (definición de lo que es una inversión internacional, trato justo y equitativo, no discriminación entre los inversionistas internacionales y los nacionales, trato de Nación más favorecida, etc.). Concluye que, por ese motivo, no hay duda de que el Artículo 22 contiene el consentimiento de Venezuela al arbitraje ante el CIADI, característico de los TBIs.

64. La Demandada no coincide con esa afirmación y, por el contrario, manifiesta que si bien la LPPI tenía claramente el propósito de atraer inversionistas, la situación económica del país en esa época no era de una gravedad como la que afirma la Demandante.<sup>39</sup> Agrega que los precios del petróleo -producto determinante en la economía venezolana- habían aumentado fuertemente en los meses en los que se discutía la LPPI.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> *Id.*, § 10.

<sup>38</sup> Memorial de Contestación, § 37.

<sup>39</sup> Memorial de Réplica, § 15.

<sup>40</sup> *Id.*, § 13.



65. En los párrafos 12 al 15 de su Réplica, la República Bolivariana de Venezuela se opone categóricamente al análisis que hace Brandes y dice que ignora el hecho de que el precio del petróleo casi se triplicó durante el período comprendido entre diciembre de 1998 y el mismo mes de 1999, lo cual le dio un giro completo a la economía de ese país (afirma que el precio era de US\$8,85 por barril en diciembre de 1998 y fue aumentando hasta llegar a US\$25 a fines de 1999).

66. Venezuela concluye en el párrafo 15 que, aunque efectivamente el propósito de la LPPI era el de estimular la inversión extranjera, las circunstancias económicas del país no eran tan malas como para hacer necesario un consentimiento unilateral al arbitraje del CIADI para lograr ese propósito.

67. En sus memoriales presentados después de la audiencia, ambas Partes reiteran sus respectivos puntos de vista. Brandes señala (párrafo 23) que en agosto de 1999 CORDIPLAN hizo una publicación en la que afirmó que la recesión que sufría el país era "la peor en cuarenta años" y concluyó de que se requería una masiva inversión extranjera para combatir esta recesión. Venezuela, en el párrafo 24 de su Memorial Posterior a la Audiencia, concluye lo contrario: "...la Demandante no ha demostrado que la situación económica existente en Venezuela en 1999, ocasionada por un colapso de los precios del petróleo, fuera tan calamitosa que el Gobierno no tuviera otra alternativa que dar un consentimiento unilateral, sin precedentes, al arbitraje del CIADI de todas las disputas relacionadas con inversiones, para atraer inversión extranjera".

68. Íntimamente vinculado con las circunstancias históricas en las que fue promulgada la Ley de Promoción y Protección de Inversiones se encuentra el tema de los fines que esa ley pretendía alcanzar. Las Partes coinciden en que el propósito general de esa ley era el de atraer inversión extranjera a Venezuela. Sin embargo, a partir de esa coincidencia inicial, discrepan totalmente en cuanto al punto medular de esta discusión: si el Artículo 22 de la LPPI contiene el consentimiento unilateral de Venezuela al arbitraje de CIADI.

69. Brandes sostiene en su Memorial de Contestación que "...visto en su contexto, es evidente que la intención era que el Artículo 22 funcionara como un consentimiento al CIADI. El Artículo 22 es parte de un decreto que está estructurado y proporciona protecciones similares a

las de un tratado bilateral de inversión, y por lo tanto, se esperaría razonablemente que establezca disposiciones de resolución de conflictos comparables".<sup>41</sup> (Traducción del Tribunal)

70. Venezuela coincide con Brandes en que el propósito de la LPPI era el de atraer inversión extranjera, pero no acepta que el Artículo 22 de esa ley constituya una aceptación unilateral de su parte a la jurisdicción del CIADI.

71. Con base en el análisis que hace de varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en los párrafos 44 a 49 de su Memorial de Excepción sobre Jurisdicción, la República Bolivariana de Venezuela sostiene que el consentimiento al arbitraje debe ser "manifiesto, claro e inequívoco". (Traducción del Tribunal)

72. En apoyo de su tesis Venezuela cita, además, la decisión sobre jurisdicción dictada el 8 de febrero del 2005 en el arbitraje de *Plama Consortium Limited v. la República de Bulgaria* (Caso CIADI ARB/03/24, ¶ 198), en la que ese tribunal manifestó lo siguiente:

"Es un principio bien establecido, tanto en las legislaciones domésticas como en la internacional, que el acuerdo (de las partes para someter un asunto al arbitraje), debe ser claro y sin ambigüedades". (Traducción del tribunal)

73. La Demandante afirma que, tal como lo expresa el Dr. Allan Brewer-Carias en el párrafo 43 de su informe,<sup>42</sup> "no hay ninguna disposición legal en la legislación venezolana que requiera que el consentimiento para el arbitraje sea claro e inequívoco".

74. Agrega Brandes que el Artículo 25 del Convenio CIADI solamente establece un requisito para el consentimiento: que sea dado por escrito. Afirma además, que el Reporte de los Directores Ejecutivos de la Convención CIADI confirmó que no hay requisitos adicionales para una expresión de consentimiento ni estándares de "claridad".<sup>43</sup>

75. La Demandada alegó que Venezuela, a lo largo de su historia, ha mostrado cierto grado de hostilidad hacia el arbitraje:

<sup>41</sup> Memorial de Contestación, § 37.

<sup>42</sup> Ver Declaración de Allan R. Brewer-Carias, 26 de junio del 2009.

<sup>43</sup> Memorial de Contestación, § 70.

"El profesor Morles Hernández revisó la historia del arbitraje en Venezuela de manera amplia. Manifestó: Venezuela es un país que pertenece a una región tradicionalmente tenida como difícil e incluso hostil al arbitraje, como es la región latinoamericana. Es más, como la región del mundo que más lentamente aceptó esta técnica de resolución de disputas".<sup>44</sup>

76. Al respecto Brandes manifestó:

"Finalmente, la Demandada argumenta que la falta de esfuerzos promocionales de parte de la Demandada de cara a la Ley de Inversiones como un todo o como su mecanismo de resolución de conflictos significa que no contenía un consentimiento permanente al arbitraje internacional. La Demandada alega además que esto es consistente con su "hostilidad tradicional" hacia el arbitraje internacional. Ninguna de las manifestaciones de la Demandada refleja el estado efectivo de los esfuerzos de promoción que se estaban dando en ese momento".<sup>45</sup> (Traducción del Tribunal)

77. Agregó la Demandante:

"El principal argumento contextual de la Demandada alega que el Artículo 22 debe ser leído tomando en cuenta la manifestada hostilidad al arbitraje en Venezuela en 1999. Contrario a lo indicado por la Demandada en el arbitraje, la "hostilidad" al arbitraje no es relevante para determinar la intención del Artículo 22.

- La Demandada admitió que el objeto de la Ley de Inversiones es arbitrable (Diapositiva 128).
- El mismo asunto fue sometido a arbitraje internacional en el TBI (Diapositiva 128).
- La Demandada concedió que los contratos claves de petróleo concluidos antes de 1999 contenían cláusulas para el arbitraje del ICC (Diapositiva 128).
- Los anuncios de la Demandada en los sitios web de sus embajadas contradicen totalmente esta declaración, anunciando que Venezuela es el mejor país para arbitraje internacional (Diapositiva 129)."<sup>46</sup> (Traducción del Tribunal)

78. La Demandante concluyó que:

- "La Ley de Inversiones fue una medida de emergencia, y como tal, no es normal. Así, una hostilidad generalizada no es un contexto competente para una medida específica de emergencia (Diapositiva 128).

<sup>44</sup> Memorial de Réplica, § 89.

<sup>45</sup> Memorial de Réplica, § 78.

<sup>46</sup> Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandante, § 33.

- El profesor Brewer Carías explicó, además, que las manifestaciones en las que se apoya la Demandada fueron tomadas fuera de contexto y hacían referencia a una actitud histórica existente en el pasado y no a sentimientos contemporáneos sobre el arbitraje internacional en Venezuela.

Por lo tanto, la hostilidad al arbitraje no está establecida ni es parte de las circunstancias de preparación del Artículo 22. Así, esta afirmación no es relevante para una interpretación de derecho internacional del Artículo 22".<sup>47</sup> (Traducción del Tribunal)

## V. POSICIÓN DEL TRIBUNAL

79. Según lo definieron las Partes en la primera sesión que el Tribunal celebró con ellas, en esta etapa procesal el Tribunal debe limitarse al análisis del Artículo 22 de la LPPI. Las demás cuestiones, aunque estuvieran relacionadas con la competencia del Tribunal se resolverían junto con los temas de fondo.<sup>48</sup> En consecuencia, la misión del Tribunal en esta parte del proceso es únicamente la de definir si el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones contiene el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

80. Las Partes discutieron largamente si la interpretación de ese artículo debe hacerse con base en los principios y normas propias de la legislación Venezolana o los principios del derecho internacional. Venezuela sostiene la primera posición y Brandes la última.

81. Para el Tribunal es claro que, como el Artículo 22 de la LPPI constituye una declaración unilateral del Estado Venezolano, es necesario que el proceso inicial de interpretación se haga dentro de los parámetros que sigue el sistema legal de esa República, a partir de su Constitución Política, norma suprema de esa Nación. Sin embargo, como las conclusiones a las que se llegue en virtud del proceso de interpretación de ese artículo deberán relacionarse con el Artículo 25 del Convenio CIADI, a fin de determinar si Venezuela dio su consentimiento a la jurisdicción de esta entidad, será indispensable tomar en cuenta los principios del Derecho Internacional para llegar a una conclusión definitiva.

82. Esta posición ha sido considerada por otros tribunales arbitrales:

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Ver Carta del Tribunal a las partes del 23 de abril del 2009.

"...el punto jurisdiccional en discusión en este caso involucra más que la interpretación de legislación doméstica. La cuestión es si cierta legislación promulgada unilateralmente ha creado una obligación internacional de conformidad con un tratado multilateral. La resolución de este asunto involucra tanto interpretación legal como interpretación de tratados... Así, al decidir si en las circunstancias de este caso, la Ley N° 43 constituye un consentimiento a la jurisdicción del Centro, el Tribunal aplicará principios generales de interpretación legal, tomando en consideración, cuando corresponda, reglas relevantes de interpretación de tratados y los principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales".<sup>48</sup> (Traducción del tribunal)

"La legislación, y más generalmente, los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI, deben ser considerados como ofertas permanentes a inversionistas extranjeros de conformidad con el Convenio CIADI. Esos actos unilaterales, por lo tanto, deben ser interpretados de acuerdo con el Convenio CIADI mismo y las reglas del derecho internacional que rijan las declaraciones unilaterales de los Estados".<sup>49</sup> (Traducción del tribunal)

83. La Demandante y la República Bolivariana de Venezuela han hecho, a lo largo de este proceso, en sus intervenciones escritas y orales, arduos esfuerzos para interpretar el Artículo 22 desde un punto de vista gramatical. Brandes ha llegado a afirmar que ese artículo contiene el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción CIADI. Sin embargo, a pesar de esa presunta claridad, dedica muchas páginas y tiempo para enfatizar su conclusión de que en él se encuentra el consentimiento de la República al arbitraje CIADI.

84. Venezuela hace también su esfuerzo de interpretación gramatical y llega a la conclusión contraria, es decir, que mediante el Artículo 22 esa Nación no dio su consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

85. Por laboriosos y minuciosos que sean los intentos que han hecho las Partes para escudriñar el significado del Artículo 22 mediante una interpretación gramatical, el Tribunal lo considera innecesario, por lo que expresa en el párrafo siguiente, reseñar, aquí o en otra parte de este Laudo, lo manifestado por la Demandante y la Demandada, con respecto de su análisis gramatical de ese artículo.

86. El Tribunal ha valorado con gran detenimiento las interpretaciones escritas y orales de las Partes referentes al contenido del citado Artículo 22 y lo dicho al respecto por sus expertos. Su

<sup>48</sup> *SPP*, § 61.

<sup>49</sup> *Mihil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otras c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CIADI ARB 07/27), Decisión sobre Jurisdicción, fechada 10 de junio del 2010, § 85. ("A66b")

conclusión es que la redacción del Artículo 22 de la LPP es confusa e imprecisa y que no es posible, a partir de una interpretación gramatical, afirmar que en él está contenido el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

87. En vista de lo dicho en el párrafo anterior el Tribunal analizará el **entorno** del Artículo 22, las **circunstancias** en las que la LPP fue puesta en vigencia, y los **finés** que se buscó satisfacer con su promulgación.

88. Para iniciar ese proceso, el Tribunal considera indispensable analizar otros artículos de la LPP, que constituye el contexto inmediato del Artículo 22.

89. Lo primero que observa el Tribunal es que, efectivamente, como ha señalado Brandes, esa ley tiene la estructura característica y el contenido de muchos tratados bilaterales de inversión. Las siguientes normas confirman esta afirmación:

- a. Las "...inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios de derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias..." (Artículo 6);
- b. "... los inversionistas internacionales ... tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que están sujetas las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares ..." (Artículo 7);
- c. "No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales en razón del país de origen de sus capitales" (Artículo 8);
- d. "Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable ..." (Artículo 9);
- e. "No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones de inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento

legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada" (Artículo 11).

90. De la lectura de los textos transcritos varios hechos llaman la atención:
- Las normas citadas efectivamente son similares a las que suelen aparecer en un tratado bilateral de inversiones;
  - Están transcritas en un lenguaje directo, claramente comprensible para cualquier lector;
  - Si los redactores de esos textos pudieron expresar esos conceptos con tanta claridad ¿por qué no hicieron lo mismo al consagrar una de las garantías fundamentales para un eventual inversionista, como es el arbitraje ante el CIADI; y
  - Los Artículos 18.4 y 21 de la LPPI, también se refieren a distintas formas de arbitraje, en una manera precisa y clara.

91. A pesar de las similitudes del contenido de la LPPI con el de un TBI, el Tribunal no encuentra en las normas analizadas ni en ningún otro artículo de esa ley, alguna disposición que le permita afirmar que en ella está contenido el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

92. La claridad de la mayoría de los preceptos de la LPPI contrastan con la redacción confusa y ambigua del Artículo 22. Este hecho obviamente debilita la tesis que sostiene Brandes de que mediante el Artículo 22 Venezuela dio su consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

93. El Tribunal indicó en los párrafos precedentes que el contenido de la LPPI es muy similar al de varios tratados bilaterales de inversión. Por ello, considera oportuno señalar, para seguir con el análisis del contexto del Artículo 22, que cuando fue promulgada la LPPI la Demandada había suscrito tratados bilaterales de inversión con los siguientes países: Reino de los Países Bajos, Chile, Argentina, Ecuador, Suiza, Portugal, Barbados, Dinamarca, Reino Unido, Lituania, República Checa, España, Perú, Alemania, Canadá, Paraguay y Suecia.<sup>51</sup> Posteriormente,

<sup>51</sup> Ver Documento de Prueba RL-5, Tabla, Consentimiento al arbitraje en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela vigentes desde octubre de 1999. Ver también Memorial de Réplica, § 55, nota al pie 81.

suscribió otros tratados similares con los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia.<sup>52</sup>

94. Evidentemente, para los efectos de este Laudo, el análisis de cada uno de esos tratados bilaterales de inversión es innecesario. Sin embargo, el Tribunal sí señala que todos contienen la aceptación de la jurisdicción del CIADI, expresada en una manera similar, y en un lenguaje claro y preciso.

95. Para continuar con el análisis del contexto del Artículo 22, a fin de tratar de desentrañar su significado, el Tribunal estudió el análisis hecho por las Partes de las normas de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela y únicamente pudo encontrar una que es verdaderamente relevante para los propósitos de este proceso; se trata del Artículo 258 el cual, literalmente, dispone:

"La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme la ley.

La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

96. Aunque la norma transcrita es clara en lo que respecta al arbitraje, es evidente que de ese texto constitucional no se puede inferir el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

97. El análisis del entorno del Artículo 22 podría completarse con el estudio de otras normas del sistema legal venezolano que pudieran aportar alguna luz sobre el tema. Sin embargo, las Partes no hicieron ninguna argumentación basada en esas presuntas disposiciones. Por esta razón el Tribunal supone que no existe ningún otro texto legal emitido por las autoridades correspondientes de la República Bolivariana de Venezuela que pudiera contribuir a aclarar el tema que se discute en este Laudo.

98. Según se señaló en los párrafos 48 y 49 de este Laudo, la Demandada le atribuye gran importancia a varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales concluyeron que la

<sup>52</sup> *Id.*



LPPI no contiene el consentimiento de la Demandada al CIADI. Este Tribunal examinó con sumo detenimiento el contenido de las decisiones de los más altos tribunales de Venezuela comentadas por las Partes y reafirma que esas decisiones de ninguna manera tienen un carácter vinculante para este Tribunal en cuanto a su interpretación del Artículo 22.

99. Además de lo expresado en el párrafo anterior, el Tribunal insiste en que las decisiones de las autoridades venezolanas no son decisivas para resolver este asunto. A la misma conclusión llegó el tribunal que resolvió el caso de *Cemex v. Venezuela* al concluir que:

"El Tribunal agrega que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por la Corte Internacional de Justicia, que establecieron claramente que la interpretación de un Estado soberano sobre su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para el tribunal ni determinante en cuestiones de jurisdicción. Por lo tanto, la interpretación dada al Artículo 22 por las autoridades venezolanas o por los tribunales venezolanos no puede regir la decisión del Tribunal sobre su competencia".<sup>33</sup>

100. Brandes sostiene que, en su afán de atraer inversionistas extranjeros, la Demandada anunció y divulgó, de distintas maneras la promulgación de la LPPI y destaca que en varios de sus anuncios, Venezuela enfatizó que esa ley propiciaba el arbitraje. Entre los mecanismos que –según Brandes– utilizó la Demandada para este fin, se encuentran los sitios web de sus embajadas en los Estados Unidos de América, en Corea y en Suiza, así como el de su consulado en Barcelona. El Tribunal ha analizado cuidadosamente esas referencias y no ha encontrado en ellas una manifestación expresa, de parte de la Demandada, de su sometimiento a la jurisdicción del CIADI.

101. Otro de los instrumentos utilizados por Venezuela para comunicar a posibles inversionistas la promulgación de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones fueron las publicaciones del Consejo Nacional de Promoción de las Inversiones (CONAPRI), una entidad constituida con el fin de promover las inversiones en Venezuela. Sobre el alcance de esas publicaciones también difieren las Partes, según se indicó en los párrafos 52, 53 y 54 de este Laudo. Dejando de lado el tema de si una entidad no gubernamental como CONAPRI podía

<sup>33</sup> *Cemex*, § 70 (citando *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Excepciones Preliminares), PCIJ, Ser. A/ B No. 77 (1929); *Asylum Sea Continental Shelf* (Grecia c. Turquía), 19 de diciembre de 1978, ICJ Reports 1978, pág. 3; *Fisheries Jurisdiction* (España c. Canadá), 4 de diciembre de 1998, ICJ Reports 1998, pág. 432.) Ver también *Mobil*, § 75.

expresar la intención del gobierno Venezolano, el Tribunal no encuentra en las publicaciones de CONAPRI que se han aportado al expediente, ninguna expresión que permita sostener que en el Artículo 22 está contenido el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

102. A juicio del Tribunal, ni las publicaciones de CORDIPLAN ni la relación de esa entidad con el señor Werner Corrales pueden servir de base para sustentar la afirmación de Brandes de que el Artículo 22 de la LPPI contiene el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI.

103. Como se expuso anteriormente en los párrafos 57 y 58 de este Laudo, Brandes insiste en atribuirle al señor Werner Corrales un rol preponderante en la redacción de la LPPI. Venezuela, por lo contrario, como se narra en los párrafos 59 y 60, cuestiona su objetividad y el rol que supuestamente jugó en el proceso de redacción de la LPPI. El Tribunal considera ocioso tratar de determinar cuál fue, en realidad, la función que desempeñó el señor Corrales en la redacción de la LPPI, su conocimiento del tema que aquí se discute, y la relevancia de sus publicaciones para dilucidar esta disputa. Lo que sí es claro para el Tribunal es que la opinión del señor Corrales no puede ser la base para afirmar que el Artículo 22 de la LPPI contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela para someterse al arbitraje del CIADI.

104. En los párrafos 61 al 67 el Tribunal resumió las posiciones de las Partes con respecto a la situación económica de Venezuela en el año 1999 y la influencia que esas circunstancias pudieron haber tenido en la promulgación de la LPPI. Al Tribunal no le cabe la menor duda de que, ante la dificultad de suscribir un tratado bilateral de inversiones con los Estados Unidos de América, Venezuela buscó diversos mecanismos para atraer a eventuales inversionistas y de que la LPPI fue uno de esos instrumentos.

105. A pesar de que el Tribunal entiende el afán de Venezuela por atraer inversión extranjera a su territorio, no considera que sea lógico afirmar que Venezuela, que ya estaba teniendo muchos roces con los Estados Unidos de América, hubiera estado dispuesta a dar –como lo afirma Brandes– un consentimiento unilateral amplio, sin reciprocidad, a la jurisdicción del CIADI. Este punto de vista se hace especialmente difícil de aceptar si se considera que muchos de los potenciales inversionistas serían empresas de los Estados Unidos de América.

106. Posiblemente sea válido afirmar, como lo hace la Demandada,<sup>34</sup> que por circunstancias históricas particulares la República Bolivariana de Venezuela, al igual que otros países de América Latina, tradicionalmente no ha favorecido el arbitraje. Sin embargo, de esa afirmación no se puede deducir la consecuencia a la que llega Venezuela, de que, debido a esa actitud histórica, es posible sostener que el Artículo 22, no otorga el consentimiento de esa Nación al arbitraje del CIADI. Existen otros argumentos válidos para mantener la tesis de que el Artículo 22 de la LPPI no contiene ese consentimiento pero el de la supuesta hostilidad al arbitraje no es uno de ellos.

107. Basada en decisiones de sus más altos tribunales, Venezuela afirma categóricamente, en varias de sus presentaciones, que el consentimiento al arbitraje ha de ser **manifiesto, claro e inequívoco**. La Demandante sostiene que no hay ninguna norma que exija que el consentimiento al CIADI tenga esas características y manifiesta que el Artículo 25 del Convenio CIADI solamente dispone que el consentimiento debe expresarse por escrito. En los párrafos siguientes el Tribunal se referirá a esta discrepancia fundamental entre las Partes.

108. El Artículo 253 de la Constitución Política dispone:

"La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias..."

109. Es evidente, pues, que la norma general en Venezuela es que la función de impartir justicia le corresponde al Estado, que la realiza por medio de los tribunales.

110. También es una verdad indiscutida que la base del arbitraje es el consentimiento.<sup>35</sup> No puede existir un arbitraje, nacional o internacional, *ad hoc* o institucional, ante el CIADI o ante otra entidad que administre procesos arbitrales si las partes no están de acuerdo.

<sup>34</sup> Memorial de Réplica, §§ 89-91.

<sup>35</sup> Ver Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, ("El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1))."

111. Lo afirmado en el párrafo anterior es definitivo, aún tratándose de una disputa entre particulares; la regla es que deben dilucidar sus disputas en los tribunales; la excepción es que, únicamente si existe un acuerdo entre ellos, pueden resolverla mediante el arbitraje. Si esto es cierto en el ámbito del derecho privado, más lo es cuando está involucrado un Estado, el que, al someterse a un proceso arbitral, está renunciando a la posibilidad de acudir a sus propios tribunales.

112. Como se expresó en un conocido laudo:

"El Artículo 25 del Convenio CIADI no es para nada una excepción a la ley del lugar. Se limita a definir las condiciones de la jurisdicción del CIADI, las cuales incluyen la condición fundamental del consentimiento. Sin duda alguna, el consentimiento a un procedimiento arbitral constituye una renuncia o una derogatoria del derecho de recurrir a los tribunales nacionales. Por lo tanto, no se debe presumir tal consentimiento".<sup>36</sup> (Traducción del Tribunal)

113. Si bien no hay ninguna exigencia de que el consentimiento al arbitraje CIADI deba tener otra característica que la de expresarse por escrito, según el Artículo 25 del Convenio, es evidente que ese consentimiento debe manifestarse de manera que no deje duda alguna.

114. Brandes ha argumentado insistentemente que este Tribunal ha contado con información (Documentos de CORDIPAN, CONAPRI,<sup>37</sup> entre otros) de la que carecieron los tribunales arbitrales que resolvieron los casos de *Cemex* y *Mobil* contra Venezuela. Este Tribunal ha examinado meticulosamente esa información y los argumentos de Brandes sobre ella y no ha encontrado nada que lo lleve a apartarse del criterio de esos tribunales en cuanto al asunto concreto que aquí se discute.

115. Este Tribunal no ve razón alguna por la cual deba de alejarse de las conclusiones a las que llegaron, en casos similares, dos tribunales al resolver lo siguiente:

<sup>36</sup> *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. République de Senegal*. Laudo, 25 de febrero de 1988, § 4.09 (Caso CIADI).

<sup>37</sup> Ver Carta de Brandes al Tribunal del 10 de enero del 2011, páginas 4-5; presentación de Brandes en la audiencia del 15-16 de noviembre del 2010, páginas 43 y 124.

"El Tribunal llega, por lo tanto, a la conclusión de que esa intención no se ha probado, lo que le impide concluir, a partir del texto ambiguo del Artículo 22, que Venezuela, al dictar la Ley de Inversiones de 1999, haya consentido por anticipado al arbitraje del CIADI para todas las diferencias cubiertas por el Convenio del CIADI. Este artículo no sirve de base para determinar la competencia del Tribunal en el presente caso."<sup>118</sup>

116. Aunque, con motivo de la interpretación del verbo "someter" contenido en el Artículo 22 de la LPPI, Brandes se refirió brevemente al principio del *effet utile*,<sup>119</sup> el Tribunal considera que la interpretación que le ha dado, en los párrafos anteriores al Artículo 22 no contraviene, en forma alguna, ese principio.

117. Para refutar uno de los argumentos de Venezuela, Brandes se refiere en su Dúplica,<sup>120</sup> a la notificación que la Demandada le hizo al CIADI con respecto a la LPPI, en el año 2000, y al hecho de que la promulgación de esa ley se le comunicó a la Organización Mundial de Comercio. El Tribunal no encuentra en esos documentos ninguna manifestación de Venezuela en el sentido de que el Artículo 22 contiene su sometimiento a la jurisdicción del CIADI.

118. Según lo expuesto en los párrafos precedentes, a juicio del Tribunal, es obvio que el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones no contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. Por lo tanto, este Tribunal carece de competencia para resolver la disputa que se ha sometido a su consideración.

## VI. COSTOS

119. Si bien el Tribunal ha acogido la posición de la Demandada en cuanto a que carece de competencia en este caso, ambas Partes han prevalecido respecto a algunos de sus argumentos.

120. Por lo tanto, el Tribunal, de conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje, concluye que las Partes deberán asumir, en partes iguales, los honorarios y gastos de los miembros de este Tribunal Arbitral, así como también los honorarios y gastos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, y

<sup>118</sup> Admó, § 140; Comer, § 138.

<sup>119</sup> Memorial de Contestación, § 62.

<sup>120</sup> Memorial de Dúplica, § 36.

que cada Parte deberá asumir los honorarios y gastos incurridos por ellas en relación con este proceso.

## VII. DECISIÓN

121. Por las razones expuestas y con fundamento en los Artículos 41, 48 y 61 del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados y las Reglas 41 y 47 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad, declara:

- a. Se admite la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones planteada por la República Bolivariana de Venezuela.
- b. En consecuencia, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones no tiene jurisdicción para tramitar este asunto y este Tribunal de Arbitraje carece de competencia para resolverlo.
- c. Las Partes deberán cubrir, en partes iguales, los honorarios y gastos de los miembros de este Tribunal de Arbitraje y los honorarios y gastos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- d. Cada parte pagará los honorarios y gastos en que haya incurrido para la tramitación de este proceso arbitral.

Brigitte Stern

Profesora Brigitte Stern  
Árbitro

27 de julio de 2011

Karl-Heinz Böckstiegel

Profesor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel  
Árbitro

18 de julio de 2011

Rodrigo Oreamuno Blanco  
Presidente del Tribunal

29 de julio de 2011

10.

Sentencia N° 1.067/2010  
de la Sala Constitucional





LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Expediente N° 09-0573

El 15 de junio de 2009, el abogado Arturo Bravo Roa, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 38.593, actuando como representante judicial de la sociedad mercantil **ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.**, inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en fecha 18 de agosto de 1999, bajo el No. 32, Tomo 44-A; solicitó la revisión de la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que *"improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman"*.

El 3 de junio de 2009, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 4 de junio la parte solicitante consignó copias certificadas de la sentencia objeto de revisión y otras actuaciones.

El 2 de julio de 2009, el abogado Iván Darío Sabatino Pizzolante, en su condición de apoderado judicial del ciudadano Marko Vukosa, capitán de la "M/N NOBELMAN" y de la sociedad mercantil "Oceanlink Offshore III A/S", consignó escrito de oposición en el cual se solicitó se declare no ha lugar la revisión interpuesta.

El 17 de julio de 2009, la representación judicial del ciudadano Marko Vukosa, capitán de la "M/N NOBELMAN" y de la sociedad mercantil "Oceanlink Offshore III A/S", reiteró la oposición y declaratoria de no ha lugar la revisión interpuesta.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

## I ANTECEDENTES

En escrito presentado el 6 de octubre de 2008, ante el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, el abogado Arturo J. Bravo Ros, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., interpuso demanda por cumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios, contra la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS. Además, solicitó se decretara medida cautelar de prohibición de zarpe y el embargo preventivo de la embarcación 'M/N Nobleman', de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 103 de la Ley de Comercio Marítimo. La demanda fue estimada en la suma de un millón trescientos ochenta mil trescientos bolívares (Bs. 1.380.300,00).

La parte actora pretendió que "la demandada convenga en: a. el cumplimiento del contrato de compra venta celebrado entre ASTIVENCA y Oceanlink Offshore III AS en fecha 22 de marzo de 2008 y su 'Addendum número 3', y al efecto, poner en posesión legítima y suscribir los documentos necesarios para el traspaso efectivo de la embarcación 'M/N Nobleman', o en su defecto que 'frente al Registro Naval la sentencia emitida por este Tribunal haga las veces de título de traspaso'; y b. el pago del lucro cesante, 'determinado por la pérdida económica que ha experimentado ASTIVENCA con ocasión de la no disposición de la M/N Nobleman, que se suponía le prestara apoyo en el contrato con PDVSA', daños que estiman en la cantidad de veintitún mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América

(USD 21.400, 00) diarios, 'equivalentes a los solos fines de dar cumplimiento a las regulaciones existentes, a la suma de cuarenta y seis mil diez bolívares fuertes (Bs. F. 46.010,00) desde la fecha en que fue (su) representada 'despojada' de la posesión de la embarcación (10 de septiembre de 2008) hasta la fecha de su restitución efectiva', que sea determinado mediante experticia complementaria del fallo y c. el pago de las costas y costos del proceso".

Por auto del 7 de octubre de 2008, el "Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, admitió la presente demanda y ordenó el emplazamiento de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, como parte demandada '(...) y/o en la persona del Agente Naviero del buque, en este caso 'OCAMAR' (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada), servicio autónomo con dirección Final Calle los Baños, Puerto de La Guaira, Edificio Servicios Autónomos de la Armada, Maiquetía, Estado Vargas, República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Comercio Marítimo', para que compareciera dentro de los veinte (20) días de despacho a fin de dar contestación a la demanda y, de considerarlo pertinente, opusieran las defensas correspondientes. En cuanto a la medida cautelar solicitada, se acordó proveer por auto separado".

En decisión de esa misma fecha, dictada "en el cuaderno separado, el tribunal de la causa decretó medida cautelar de prohibición de zarpe sobre la M/N Nobleman y negó la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte accionante".

Mediante diligencia del 31 de octubre de 2008, el "abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial de la parte accionante solicitó que '(...) la citación de la parte demandada 'Oceanlink Offshore III AS', se verifique en la persona del ciudadano Capitán de Navío Juan Carlos Flores Zavala, (...) en su carácter de Director de la Agente Naviera (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada-OCAMAR) (...)': dicho requerimiento fue acordado por auto del 4 de noviembre de 2008".

El 10 de noviembre de 2008, el "a quo ordenó comisionar al Juzgado (Distribuidor) Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, a los fines de practicar la citación de la parte demandada, en virtud de la solicitud efectuada por la representación judicial de la parte accionante el 6 de ese mismo mes y año".

El 25 de noviembre de 2008, el "Secretario del Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas dejó constancia de haber recibido la comisión N° C-485/08, proveniente del Juzgado Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, debidamente cumplida.

Mediante diligencia de fecha 9 de diciembre de 2008, el abogado José Manuel Vilar Bouzas, inscrito en el INPREABOGADO bajo el N° 112.137, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano Marko Vikosa, de nacionalidad italiana, titular del Pasaporte Italiano No. A-163878, Capitán de la embarcación 'M/N Nohleman'; y de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, se dio por citado en nombre de sus representados y manifestó su rechazo a la citación practicada a la mencionada empresa en la persona de OCAMAR, por estar viada, dado que ésta es el agente naviero designado por ASTIVENCA. En esa misma fecha, presentó escrito de oposición a la medida cautelar en el cuaderno de medidas".

Por auto del 12 de diciembre de 2008, el "tribunal de la causa acordó abrir un cuaderno separado a los fines de tramitar la incidencia relacionada con la citación del demandado; razón por la cual acordó suspender el curso de la causa. Contra dicho pronunciamiento, la representación judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue oído en un solo efecto, remitiéndose las actuaciones correspondientes al Juzgado Superior Marítimo. En esa misma fecha, el a quo, en el cuaderno de medidas, declaró improcedente el inicio del procedimiento incidental de oposición a la medida cautelar decretada en fecha 07 de octubre de 2008, y negó el levantamiento de dicha medida mediante la constitución de garantía".

Mediante escritos presentados el 16 de diciembre de 2008, el "abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A., rechazó y contradijo el alegato de vicio en la citación formulada por la representación judicial de la parte demandada".

Por decisión del 22 de enero de 2009, el "Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia Nacional repuso la causa al estado en 'que transcurra el término de la comparencia de la parte demandada OCEANLINK OFFSHORE III AS, así como el término de la distancia, contado desde la ciudad de Puerto La Cruz, para lo cual se otorgan cuatro (4) días'. Contra dicha decisión la representación judicial de la parte demandante apeló en fecha 23 de enero de 2009, siendo negado el recurso el 30 de ese mismo mes y año, con fundamento en el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil".

En escrito presentado el 12 de febrero de 2009, el "abogado Franklin Elioth García, inscrito en el INPREABOGADO (sic) bajo el N° 69.995, actuando con el carácter de apoderado judicial de las sociedades mercantiles Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore opuso 'con carácter previo y de manera conjunta las defensas previas y de fondo', de conformidad con lo dispuesto en los artículos 865

y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo".

Mediante decisión del 17 de febrero de 2009, el "Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas declaró con lugar la cuestión previa opuesta por la parte demandada, contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el presente caso".

El 18 de febrero de 2009, el "abogado José Manuel Vilar, actuando con el carácter expresado, solicitó la ampliación de la decisión dictada el 17 de ese mes y año, por haberse omitido el levantamiento de la medida cautelar de prohibición de zarpe de la embarcación M/N Nohleman, atracada en el puerto de Puerto La Cruz".

Por sentencia del 19 de febrero de 2009, el "tribunal de la causa resolvió la solicitud de aclaratoria interpuesta por la representación judicial de la parte demandada, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nohleman, ordenando comunicar mediante oficio a la Capitanía de Puerto de Puerto La Cruz, conforme a lo previsto en el artículo 104 de la Ley de Comercio Marítimo".

En escrito presentado el 20 de febrero de 2009, el "abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A., interpuso recurso de regulación de jurisdicción. Mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2009, el abogado Franklin Elioth García Rodríguez, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la parte demandada, dio 'contestación a la solicitud de regulación de jurisdicción presentada por la representación de la demandante' (...)".

Por auto dictado el 26 de febrero de 2009, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, acordó remitir las actuaciones a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y, mediante sentencia N° 687 del 21 de mayo de 2009, la mencionada Sala declaró "improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nohleman".

## II DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

La parte actora presentó solicitud de revisión, con fundamento en los siguientes alegatos:

Denunció la violación del principio de confianza legítima y el derecho a la igualdad conforme al criterio contenido en sentencia N° 1.032/2003 (caso: "Poliflex, C.A.") de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, afirmó que "para la fecha en que se interpuso el recurso de casación (sic) que dio lugar a la sentencia objeto de revisión y de hecho, hasta el momento que se dictó la referida decisión, la Sala Política Administrativa de ese Máximo Tribunal había mantenido pacífica y reiteradamente el criterio de que con la posición asumida en el fallo bajo examen en donde expresamente se estableció que cualquier actuación distinta a la oposición de la falta de jurisdicción como acto inicial del proceso por parte del demandado constituye la renuncia tácita de la cláusula arbitral. Máxime si se toma en cuenta que la denuncia de citación defectuosa resultaba injustificada en virtud de la aplicación del criterio finalista de dicha actuación, según el cual, la citación tiene como objeto poner en conocimiento del demandado un asunto litigioso y ello fue efectivamente logrado en la causa, con lo cual de haberse querido ejercer la cláusula compromisoria jurisdiccional, debía ser invocada en el primer acto procesal de comparecencia efectiva de de (sic) demanda, esto es el nueve de diciembre de 2008".

Que muestra del cambio de criterio denunciado respecto al "sometimiento tácito a la jurisdicción", lo constituyen el contenido de las sentencias Nros. 1.209/2001 y 832/2002 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Que "ciertamente, hasta que se dictó la decisión cuya revisión se solicita la Sala [Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia] (...) mantuvo reiteradamente un criterio cuya modificación debió ser aplicada con efectos ex nunc, a los fines de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que resultó violentado al aplicar un nuevo criterio al caso en estudio".

Que "la oposición que hizo la demandada se refirió a 'la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado...', es decir que la demandada efectivamente lo que hizo fue oponer la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, aún cuando no haya dicho que lo hacía en virtud de esa norma. En tal sentido, ha explicado esta Sala en numerosas oportunidades que el procedimiento civil se caracteriza por tener etapas preclusivas, y que la observancia de dichas etapas es de orden público y está íntimamente ligada a la garantía de las partes del debido proceso, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva y certeza

jurídica, es decir, a derechos constitucionales de las partes. En este orden de ideas, resalta el hecho de que cuando la demandada hizo su primera comparecencia, la etapa en la que se encontraba el juicio era la regida por los artículos 865 y 866, es decir que la actuación que le era dada hacer a la demandada era la de oponer sus 'defensas previas' y de fondo. La demandada hizo solamente lo primero, esto es, atacó la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado. Ello sin duda alguna debe tomarse como la interposición de la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, con los efectos legales consiguientes. Al hacerlo, por operación del artículo 865, agotó la única y preclusiva oportunidad que tenía para oponer defensas previas y de fondo, única oportunidad también de oponer la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia so pena de tenerse como sometiendo tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos".

Que "de no revisarse la sentencia de la Sala Política Administrativa, quedaría implícita una autorización para que los demandados opongan una a una las cuestiones previas contenidas en el artículo 346, llamándolas con nombres distintos y sin señalar dicho artículo, y luego, después de haber opuesto todas cuantas se les ocurrieran, opongan las defensas de fondo. Ello causará una incertidumbre total al demandante sobre el inicio de la siguiente etapa del procedimiento, vulnerando en consecuencia las interpretaciones que sobre los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la certeza jurídica ha establecido esa Sala Constitucional. En efecto, luego de haber opuesto la defensa previa sobre la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, siguiendo la tesis planteada por la Sala Política Administrativa, la demandada podría perfectamente, por ejemplo, 'indicar' al Tribunal -sin mencionar en ningún momento el ordinal 7 del artículo 346-, que '...el juicio planteado es improcedente por cuanto existe una condición que no se ha cumplido...'; o -sin mencionar el ordinal 8- podría pedir al Tribunal que '...suspenda la causa por cuanto existe una cuestión judicial que debe decidirse antes de que el procedimiento pueda continuar...'; o -sin mencionar el ordinal 9- '...pedir al tribunal que abra una incidencia para demostrar la existencia de la cosa juzgada...'; y así con los 11 ordinales del artículo 346, agotados los cuales podría incluso comenzar todo el proceso de nuevo. Entretanto, no tendría certeza el actor en cuanto al procedimiento aplicable para contradecir o subsanar la cuestión planteada y, más grave aún, en cuanto a la fecha exacta en la que comenzaría la siguiente fase del proceso, que es nada más y nada menos que la fase dentro de la cual las partes tienen la carga de promover las pruebas de las que se quieran valer. El punto es que la primera actuación de la demandada fue efectivamente oponer la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346 y no puede dársele preeminencia



a las formas y a las menciones hechas u omitidas por la demandada sobre las realidades de su actuación y sobre la naturaleza jurídica de la misma".

Que "el artículo 865 establece expresamente que en el procedimiento oral el demandado tiene una sola oportunidad para oponer sus defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar". Es decir que cuando compareció la demandada y opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, esa era preclusivamente la oportunidad que tenía para proponer todas sus defensas previas y de fondo, incluyendo, claro está, la defensa de falta de jurisdicción, lo cual no hizo. Por el carácter de preclusividad, las defensas previas y de fondo que opusiera la demandada en esa oportunidad serían las únicas que podría oponer, y entre ellas brilla por su ausencia la defensa de falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia planteada. Sin embargo, la Sala Político Administrativa erróneamente concluyó que: "...sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo...". Ello, además de ser irrelevante en relación a la aplicación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, también es francamente contrario a las disposiciones de los artículos 865 y 866 del Código de Procedimiento Civil, y en tal sentido subvierte el procedimiento de tal manera que crea absoluta indefensión al actor, efectivamente dando al demandado más de una oportunidad -quién sabe cuántas- para oponer defensas previas y de fondo".

Que "la Sala Político Administrativa omitió considerar que, si bien la demandada no opuso en su primera comparecencia defensas de fondo, también es cierto que la oportunidad en la que opuso la defensa preliminar de falta de legitimación de la persona citada, era la única y preclusiva oportunidad para oponer las defensas de fondo (Vid. Artículo 865, Código de Procedimiento Civil). El hecho de que en el mismo acto la demandada no haya también opuesto defensas de fondo sólo implica que la demandada no cumplió con su carga procesal. Pero la Sala Político Administrativa pareciera 'premiar', en desmedro de la seguridad jurídica, tal omisión al sostener que como la demandada no opuso defensas de fondo en su primera actuación -que era la única oportunidad que tenía para hacerlo-, su omisión sería premiada al no tenerla como una sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. De hecho, la tesis de la Sala Político Administrativa llevaría al absurdo de permitir a un demandado contumaz, que no compareció a contestar al fondo ni a presentar pruebas que le favorecieran, a cuestionar la jurisdicción de los tribunales venezolanos en su primera comparecencia, cualquiera que ella fuera, incluso en fase de ejecución de sentencia. Tal absurdo subvertiría las más elementales normas procesales y, sin duda alguna, golpearía duro la labor integradora de esa Sala Constitucional de garantizar la supremacía constitucional, en específico las interpretaciones sobre los derechos

a la defensa, el debido proceso y a una tutela judicial efectiva del actor. De manera que, sin lugar a dudas, incluso si se aceptara la interpretación errónea que del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado hizo la Sala Político Administrativa, el criterio aplicable debe ser, no cuándo la demandada opone la falta de jurisdicción, sino más bien si lo hizo en la oportunidad procesal de oponer sus defensas de fondo. En este caso no lo hizo en esa oportunidad, y el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado sanciona su omisión con el efecto de la "sumisión tácita" a la jurisdicción tácita de los tribunales venezolanos. Así solicitamos formalmente sea declarado. Más aún, la conclusión de la Sala Político Administrativa directamente lesionó el derecho y garantía al debido proceso del actor, y justifica la declaratoria con lugar del recurso extraordinario de revisión, como efectivamente solicitamos se declare".

Que "al entender las actuaciones habidas de la forma indicada, la Sala Político Administrativa premió la inactividad de la parte demandada y, más allá de eso, dio lugar a una clara tergiversación del proceso en puntos fundamentales que determinan violaciones constitucionales, pues al permitirse que la parte demandada oponga cuestiones previas sin que éstas sean tratadas como tales, creó la posibilidad de que existan varias oportunidades para oponer cuestiones previas por el solo hecho de que el demandado no identifique su escrito como tal; conllevando dicha errada interpretación que la parte actora (ni tampoco la demandada) sepan o conozcan de antemano el proceso aplicable, la etapa en la cual se encuentra el mismo, las defensas o actuaciones que debe llevar a cabo y el inicio de la etapa preclusiva siguiente. Así, no tendrá certeza el actor, luego de enfrentar el 'cuestionamiento' que hizo la demandada de la legitimidad de la persona citada para recibir tal citación -sin ser tratado como cuestión previa-, de los lapsos dentro de los cuales puede oponerse o subsanar la situación, y de los lapsos dentro de los cuales debe promover sus pruebas, lapso éste que comienza luego de resueltas las cuestiones previas opuestas (Vid. Artículo 867, Código de Procedimiento Civil), toda vez que, como señaló la Sala Político Administrativa, aun cuando la defensa opuesta fue la contenida en el ordinal 4 del artículo 346, siendo que la demandada no nombró esa norma, entonces no debe tenerse como cuestión previa. Tal absurdo, sin lugar a dudas, subvierte el procedimiento y coloca al actor en incertidumbre absoluta, lo cual, como ha decidido esta Sala en tantas oportunidades, vulnera su derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la certeza jurídica".

Que "no cabe duda, ciudadanos Magistrados, que con la aludida actuación se pretendían señalar las siguientes defensas: a) la incapacidad del citado como representante del demandado; b) la revocatoria del agente naviero OCAMAR y la designación de uno nuevo; y, c) la errónea fijación del término de distancia. Todos

estos argumentos constituyen defensas propias de un demandado y no son parte ni de la oposición a la medida de embargo (como veremos más adelante), ni mucho menos tienen que ver con la falta de jurisdicción, únicos supuestos que permite la Ley de Derecho Internacional Privado como propios para no subsumirse a la legislación venezolana".

Que "lo anterior sin duda alguna hace aplicable la norma contenida en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado y en ese sentido debe considerarse que, en vista de que en su primera comparecencia la demandada no opuso la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia, debe tenerse como habiéndose sometido implícitamente, por operación de la institución de la sumisión tácita a la jurisdicción, a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, y así solicitamos formalmente que se declare".

Por otra parte, solicitó "medida cautelar de suspensión de efectos de la sentencia bajo examen (...) y se restituya la prohibición de zarpe de la moto nave *Nobleman*".

Finalmente, solicitó que en la sentencia definitiva se declarara ha lugar la solicitud de revisión interpuesta.

### III DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El pronunciamiento jurisdiccional sometido a revisión de esta Sala, lo constituye la sentencia N° 687 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que "improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque *M/N Nobleman*", sobre la base de las siguientes consideraciones:

"debe atenderse a lo alegado por la parte demandada al oponer la cuestión previa, respecto a que los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción por haberse incluido dentro del Memorando de Entendimiento suscrito entre las partes, una cláusula de arbitraje y que en virtud de la existen-

cia de elementos de extranjería, resulta aplicable el orden de prelación de las normas previsto en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo que hace aplicable, a su decir, la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como la Ley de Arbitraje Comercial y la Ley de Comercio Marítimo.

Por su parte la actora, al interponer la regulación de jurisdicción, indica que en el caso de autos se evidencia que "la sociedad mercantil 'OCEAN-LINK' se sometió tácitamente a la jurisdicción de los Tribunales venezolanos", toda vez que "la primera actuación de la demandada ejecutada en fecha 9 de diciembre de 2008, fue la de oponerse a la medida de embargo decretada por el Tribunal Marítimo de Primera Instancia y simultáneamente, en el cuaderno principal, oponer la defensa de falta de legitimidad del citado"; además señala que "el artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo no permite la derogatoria voluntaria de la jurisdicción venezolana en el presente caso" y que "los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva para decidir esta controversia por cuanto el buque objeto de la presente acción se encuentra en aguas venezolanas".

Ahora bien, se observa que el caso de autos ciertamente presenta elementos de extranjería relevantes, como el domicilio de la parte demandada (Ciudad de Oslo -Noruega-), el objeto del contrato de compra venta contenido en el Memorando de Entendimiento es el buque 'Nobleman', el cual se encuentra registrado en Douglas -capital de la Isla de Man-; por lo que resultarían aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 39 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado, las cuales regulan los supuestos en los que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción. No obstante, visto que lo invocada por la parte demandada es la existencia de una cláusula de arbitraje que impide a la jurisdicción venezolana conocer de la demanda incoada, debe atenderse a lo previsto en el Memorandum de Entendimiento suscrita el 22 de marzo de 2008, entre Oceanlink Offshore AS y Oceanlink Mangment AS (vendedoras) y la empresa Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. (compradora del Buque 'Nobleman') (folio 165 al 178 de la primera pieza), debidamente traducido por intérprete público, en cuya Cláusula 16 se dispuso lo siguiente:

#### "16. Arbitraje

a) Este acuerdo será regido e interpretado de acuerdo con la ley inglesa y cualquier disputa originada por este Acuerdo será referida a arbitraje en Londres.

16 a), 16 b) y 16 c) son alternativas: se suprime cualquiera que no sea aplicable. En ausencia de supresiones, se aplica la alternativa 16 a).’.

La cláusula anteriormente transcrita establece que las partes contratantes sometan a arbitraje la resolución de las diferencias que se pudieran originar con ocasión del Memorando; en efecto, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial consagra expresamente la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un acuerdo denominado ‘acuerdo de arbitraje’; dicha norma reza:

‘Artículo 3: El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria’ (...).

Así, al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, el mismo adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

(...)

Con fundamento en las normas supra transcritas, se observa que en el caso de autos la voluntad de las partes fue la de incluir una cláusula arbitral con el propósito de que en el supuesto de existir diferencias, ellas acudieran a la figura del arbitraje institucional, previendo excluir con ello a los órganos jurisdiccionales del conocimiento de cualquier disputa relacionada con el contrato de compra venta del buque. De igual forma, observa la Sala que la controversia suscitada en el presente caso, va referida a diferencias surgidas con ocasión del presunto incumplimiento de un contrato, por lo que al no tratarse de ningún conflicto que excluya al arbitraje, de los indicados en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, si es posible que las partes sometan sus disputas a la figura del arbitraje.

Asimismo, conviene invocar la Ley Aprobatoria de la ‘Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras’, publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, convención ratificada por Venezuela y Noruega, la cual si bien se

aplica, tal como su nombre lo indica, ‘al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; así como a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución’; no es menos cierto que en ella se regula en el Artículo II, lo siguiente:

## ‘ARTÍCULO II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.’ (Resaltado de la Sala)

La disposición antes transcrita obliga a los Estados que hayan suscrito la convención, a remitir las disputas suscitadas entre las partes que han establecido un acuerdo de arbitraje en un contrato, al arbitraje; salvo que se compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

En este sentido, ha sido criterio reiterado de esta Sala que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales, a saber:

‘(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos.



Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b). La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje', cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en 'forma' ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véanse, entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Dorat C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A., respectivamente).

El fallo parcialmente transcrito, consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado 'la renuncia tácita al arbitraje'; el primero se refiere al caso en el que el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino que, por el contrario, haya ejercido defensas de fondo, bien contestando la demanda, bien reconviniendo. El segundo supuesto, va referido al caso en que el demandado, apersonado en juicio, haya opuesto la existencia de la cláusula

de arbitraje, pero no mediante el mecanismo procesal idóneo, cual es el ejercicio de la cuestión previa relativa a la falta de jurisdicción.

En cuanto al primer supuesto, referido a que el demandado una vez apersonado en juicio haya ejercido defensas de fondo y no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, se observa que la representación judicial del ciudadano Marko Vukosa, Capitán del buque M/N Nobleman y de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, en la primera oportunidad en la que actuó en el expediente, esto es, el 9 de diciembre de 2008, se dio por citado en nombre de sus representados, y alegó que la citación de la mencionada empresa estaba viciada, por cuanto se practicó en la persona del agente naviero OCAMAR designado por ASTIVENCA, dado el carácter de fletador del citado buque; al mismo tiempo, en el cuaderno separado, se opuso a la medida cautelar de prohibición de zarpe dictada el 7 de octubre de 2008, y solicitó subsidiariamente el levantamiento de la misma por medio de la constitución de una caución.

Dichas actuaciones, a criterio de la demandante, son evidencia de la voluntad por parte de la demandada de someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, por cuanto en la primera oportunidad en la que se dio por citada no opuso la cuestión previa de falta de jurisdicción; al respecto debe esta Sala precisar que si bien la primera actuación de la representación judicial de la demandada no fue la de oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo, como sería por ejemplo el haber dado contestación a la demanda o haber incoado una reconvención. Por el contrario, su primera actuación fue la de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación de la parte demandada, error que fue reconocido por el Tribunal de Primera Instancia Marítimo en decisión dictada el 22 de enero de 2009, al acordar la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa Oceanlink Offshore III AS, así como el término de distancia [denuncia esta que, contrariamente a lo indicado por la parte demandante, no fue opuesta como cuestión previa -ordinal 4° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil-], luego de lo cual en fecha 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo.

Asimismo se precisa, que la oposición a la medida cautelar de prohibición de zarpe efectuada por la parte demandada en la misma fecha 9 de diciembre de 2008, no configura una renuncia tácita a la cláusula de arbitraje,



toda vez que lo que perseguía era simplemente enervar los efectos que la medida podía ocasionar sobre el buque objeto del contrato y en ningún momento puede entenderse dicha actuación como una defensa de fondo.

Lo anterior tiene fundamento jurídico en la disposición contenida en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que señala: 'La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva'.

De otra parte, en cuanto al segundo supuesto en el que opera la renuncia tácita del arbitraje, es decir, referido al caso en que el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya hecho uso del mecanismo procesal idóneo para oponer la existencia de la cláusula de arbitraje; se observa que en el caso de autos el apoderado judicial de la parte demandada opuso oportunamente la cuestión previa de falta de jurisdicción, medio procesal apropiado para alegar la existencia de la cláusula de arbitraje; de lo cual se concluye que no hay evidencia que, en el caso de autos, la parte demandada haya querido renunciar, ni tácita ni expresamente, al empleo de este medio alternativo de resolución de conflictos.

A mayor abundamiento, de las actas procesales que conforman el expediente se observa que la parte demandada, al oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, señaló:

'En ejecución del referido acuerdo de arbitraje, en fecha 1° de diciembre de 2008 (su) representada a través de sus representantes legales Nordisk Legal Services, procedió a informar a 'ASTIVENCA' que con arreglo a la Cláusula 16 del MOA válidamente suscrito entre las partes llamaba a ARBITRAJE, con ocasión del reclamo de aquella por las pérdidas sufridas como resultado del incumplimiento por parte de 'ASTIVENCA' respecto del pago de US\$ 2.500.000 (...) invitándole en consecuencia, al nombramiento conjunto de un árbitro para tratar sobre la disputa (...). Seguidamente (su) representada procedió con la presentación formal de la Demanda de Arbitraje (Claims submissions) de fecha 30-01-09, en la que reclama a 'ASTIVENCA' una cifra superior a los US\$ 15.000.000,00, y cuya recepción fue conformada por los árbitros de ambas partes, esto es, Robert Gaisford y Alec J. Kazantzis (...)'.

En efecto, consta en autos comunicaciones debidamente traducidas por intérprete público, en las cuales los representantes judiciales de las em-

presas en conflicto se encuentran efectuando las gestiones necesarias a los fines de designar los árbitros que llevarán a cabo el procedimiento de arbitraje en Londres, en cumplimiento al Memorando de Entendimiento; señalamiento que no fue rechazado por la contraparte al ejercer la regulación de jurisdicción, de todo lo cual puede inferirse que, efectivamente, ya las partes han decidido someterse al arbitraje.

Señala por otro lado la representación judicial de la parte accionante, que en el presente caso se evidencia que hubo una 'sumisión expresa a la jurisdicción de los tribunales venezolanos' por parte de la demandada, al haber indicado que 'en la oportunidad procesal correspondiente presentará ciertas pruebas [manifestando] su acuerdo con que el juicio siga ante el Tribunal de la causa'; respecto de este argumento debe precisar la Sala que la actuación en la que se fundamenta la accionante es la diligencia presentada por la representación judicial de la parte demandada el 9 de diciembre de 2008, en la que expuso lo siguiente:

'Por cuanto OCEAN LINK OFFSHORE III AS; en su condición de propietario de la M/N NOBLEMAN, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Comercio Marítimo, y con antelación a la presunta citación, designó como agente naviero a la sociedad mercantil ANTILLANA DE TRANSPORTE, C.A., para atender al buque en referencia en la Circunscripción Acuática de Guanta-Puerto La Cruz, teniendo en consecuencia dicho agente naviero la representación activa y pasiva, en virtud de lo cual acreditaremos su nominación en la oportunidad procesal pertinente (...)'

De la anterior transcripción, en forma alguna evidencia la Sala que se haya pretendido someter expresamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos el conocimiento de la disputa suscitada, más aun cuando dicha sumisión [expresa] debe constar por escrito, en atención a lo previsto en el artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado; por el contrario, lo que si se constata de las actuaciones efectuadas por la representación judicial de la parte demandada, es la voluntad de someterse al arbitraje y de sustraer el conflicto de la jurisdicción.

Otro aspecto que requiere un análisis, es el relativo al argumento formulado por la parte demandante en el escrito de regulación de jurisdicción, referido a la presunta invalidez que tendría la cláusula de arbitraje 'por ser de fecha anterior al incumplimiento por parte de la demandada y a la acción interpuesta por (su) representada'; al respecto debe aclararse que el arbitraje como medio de autocomposición procesal, puede estar previsto en una cláusula de arbitraje contenida en un contrato, acuerdo en el que las partes convienen en forma anticipada en sustraer del conocimiento del

Poder Judicial, las controversias que se susciten entre ellas, por lo que su previsión anticipada en ninguna forma invalida la cláusula de arbitraje. (Vid. sentencia de esta Sala N° 01356 del 31 de julio de 2007 caso: SAFEC SANTANDER)

Asimismo, en cuanto al alegato relativo a que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva 'por cuanto el buque objeto de la presente acción se encuentra en aguas venezolanas', de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo, se observa que dicha norma prevé lo siguiente:

*'Artículo 12. Además de la jurisdicción que atribuye la Ley de Derecho Internacional Privado en sus artículos 39 y 40, deberán someterse al conocimiento de la Jurisdicción Especial Acuática, las acciones que se intenten con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y la explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional.'*

La norma antes transcrita atribuye a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, el conocimiento de las acciones allí indicadas, relacionadas con buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía: en el caso de autos se trata de un buque que si bien se encontraba en aguas venezolanas respecto de las que la República ejerce derechos exclusivos de soberanía, lo que pudiera implicar, en principio, que el conocimiento de los autos sí corresponde a la jurisdicción venezolana y específicamente a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, no es menos cierto que con la estipulación de la cláusula de arbitraje las partes previeron someter sus disputas al arbitraje y, que en todo caso, no se ve afectado el orden público venezolano.

De igual forma, debe precisarse en cuanto a lo indicado por el recurrente, en el sentido de que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva para conocer de los autos, que el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, consagra el principio de inderogabilidad de jurisdicción o jurisdicción exclusiva; dicha norma establece que:

*'Artículo 47. La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencio-*

*nalmente a favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.'*

El presente caso no está referido a ninguno de los supuestos contenidos en dicha norma, respecto de los cuales no es posible que las partes convencionalmente se sometan al arbitraje.

En cuanto al alegato formulado por la parte demandante referido a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo, no existe norma alguna que 'admita' la derogatoria convencional de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en el supuesto de hecho que genera la controversia planteada; debe atenderse, en primer lugar, a lo establecido en la norma, la cual reza:

*'Artículo 11. En los casos en los que se admita, una vez producido el hecho generador de la acción, la jurisdicción que corresponda a los tribunales venezolanos, podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje.'*

Dicha norma viene a ratificar los argumentos expuestos en el presente fallo, en el sentido de que cuando algún tribunal de la llamada Jurisdicción Especial Acuática esté conociendo de una controversia planteada, podrá declinarse el asunto al procedimiento de arbitraje, siempre que ello sea permitido ('se admita'), esto es, en aquellos casos en los que no se trate por ejemplo de jurisdicción exclusiva, lo cual, como se explicó, no se da en el caso de autos y que la cláusula de arbitraje sea válida (que como se indicó supra sí lo es), por lo que carece de sentido el razonamiento empleado por la parte demandante, para pretender restar validez a la cláusula de arbitraje, pues es la misma norma (artículo 11) la que faculta la derogatoria de jurisdicción en los procedimientos de arbitraje.

Finalmente, en lo que respecta a las incidencias surgidas en el presente caso, esta Sala declara el decaimiento del objeto de las mismas, al carecer el Poder Judicial venezolano de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta.

En consecuencia, resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la

*cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman.*

#### IV DE LA COMPETENCIA

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer la presente revisión y al respecto observa que conforme lo establece el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional tiene atribuida la potestad de "(...) revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (...)".

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 25, cardinales 10 y 11, atribuye a esta Sala la competencia para "Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales" y "Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violación de derechos constitucionales".

Ahora bien, por cuanto en el caso de autos se trata de una sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala se declara competente para revisar el referido fallo. Así se decide.

#### V CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Llegada la oportunidad para decidir, esta Sala observa:

Solicitó la actora a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión concedida por el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y consagrada en el artículo 25, cardinales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto a la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró *"improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman"*.

Al respecto, cabe destacar que el ejercicio de la facultad de revisión establecida en la citada norma es discrecional. En efecto, la Sala señaló en la decisión del caso *"Corpoturismo"* a que se hizo mención en el capítulo anterior del presente fallo, que dicha norma constitucional es *"(...) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional (...)"* y por lo tanto *"(...) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere (...)"*.

De esta manera, la *"(...) Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales (...)"*.

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen criterios de esta Sala, lo que será determinado en cada caso, siendo siempre facultativo de la Sala su procedencia.

La labor tuitiva del texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias, no se cristaliza de forma similar al establecido para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva. Para la revisión extraordinaria el hecho configurador de la procedencia no es el mero perjuicio, sino que, además, debe ser producto de un desconocimien-



to absoluto de algún precedente dictado por esta Sala; de la indebida aplicación de una norma constitucional, de un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, de su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión constitucional de la sentencia.

No puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto, mediante esta facultad discrecional que tiene esta Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de los derechos constitucionales que, supuestamente, hubieren sido infringidos en el caso concreto, sino que por el contrario, busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados del solicitante.

En el presente caso, se cuestiona entre otras denuncias, la aplicación dada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a la "denominada *'Renuncia Tácita al Arbitraje'*", conforme a las sentencias Nros. 1.209/01 y 832/02, indicadas en la respectiva solicitud de revisión.

Al respecto, debe advertirse que el fallo N° 1.209/01 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que:

*"correspondiendo a esta Sala determinar a quién corresponde la jurisdicción para dirimir la presente causa, observa, que resultará perentorio —como punto preliminar para acometer semejante tarea— la estimación de los siguientes elementos:*

- i. *Determinar la validez de la cláusula compromisoria, esto, no con el propósito inmediato de dictar una decisión sobre aspectos del fondo de la litis, sino, precisamente, en el sentido de advertir o no la eficacia de la cláusula arbitral en cuanto a que pueda sustraer o no al Poder Judicial del conocimiento que de rango constitucional detenta sobre las causas que les sean sometidas por los ciudadanos que pretendan hacer uso del derecho al libre acceso a los órganos de administración de justicia —(Vid. Artículos 26 y 253 de la CRBV) y;*
- ii. *Si de lo que se desprende de las cláusulas contractuales, existe o no, una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato, y en su lugar, someterlo al co-*

*nocimiento privado de árbitros mediante la emanación de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable.*

- iii. *Si de lo que se desprende de las conductas procesales —en vía judicial— puede advertirse o no una disposición indubitada para hacer valer en 'forma' la excepción de arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, esto es, si para el primer momento de apersonado en juicio alguna de las partes opuso la incompetencia del tribunal ordinario con base a una cláusula compromisoria de arbitraje cuya eficacia se aduce.*

(...)

*De suerte tal, que el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

*De allí que, tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial.*

*En efecto, tal preocupación por mantener una seguridad jurídica firme en cuanto sea verificada una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitada al momento de someter o comprometer en árbitros, se encuentra plasmada tanto en los textos legales sustantivos (artículos 1.688 y 1.689 del Código Civil) como los adjetivos (artículo 154 del Código de Procedimiento Civil), y de origen más reciente, en leyes especiales (Artículo 3 y literal (a) del artículo 44, ambos de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998) (...).*

Por su parte, la decisión N° 832/02 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se circunscribe a señalar lo siguiente:

*"Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:*



(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b). La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda (sic) orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje', cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en 'forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil', la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconvinendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

(...)

b'2) Como segundo aspecto a ser valorado, se observa la tentativa de 'Fraude Procesal en el Arbitraje'.

En efecto, una vez que las partes han celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, resulta probable que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral. En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte co-contratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizadas en vano (véanse, entre otras, sentencias de fechas 20 de junio de 2001 y 29 de enero de 2002, casos Hoteles Doral, C.A., y Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A., respectivamente).

Dado el alcance de los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos respecto a la institución del arbitraje, esta Sala a los fines de resolver la solicitud interpuesta, pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

## 1. El sistema de justicia y el arbitraje

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

"(...) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio

(...)

Artículo 258. (...)

*La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)* (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que "(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)" (Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08).

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que "el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios al-

ternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje*" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior, no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisible a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del *desideratum* constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

A juicio de esta Sala, "al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de el arbitraje al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en "la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un

proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

De ello resulta pues, que en el contexto jurídico filosófico de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la 'justicia arbitral' no puede percibirse como un compartimiento estanco y diferenciado de la 'justicia estatal', ya que ambas persiguen "*por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia*" -Cfr. OPPETIT, BRUNO. *Teoría del Arbitraje*. Legis, Colombia, 2006, p. 45-, con lo cual debe abandonarse toda concepción que reduzca -en términos generales- al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en los términos que ordenamiento jurídico establezca.

En todo caso, esta perspectiva del arbitraje como parte de la función del Estado de impartir justicia, no abandona o excluye una visión contractualista del mismo, que posibilita equilibrar la posición jurisdiccional planteada, permitiendo afirmar el carácter excepcional de la participación de los órganos jurisdiccionales en el arquetipo del sistema arbitral, con lo que cualquier interpretación y aplicación normativa en la materia, responde al principio según el cual debe preferirse toda interpretación que favorezca el arbitraje y afrontar de manera restrictiva la intervención jurisdiccional ordinaria, conforme al brocardo "*exceptio est strictissimae applicationis*"; ya que las partes, al optar por el arbitraje "*escogieron un método que reduce la participación judicial a un pilar dentro de un sistema que tiene ventajas y desventajas (...)*" -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. *El Arbitraje y la Judicatura*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 15- y, en el cual, la "*interacción de la justicia ordinaria y el arbitraje, obedece a la combinación de caracteres de autonomía y efectividad que acompañan al mecanismo arbitral*" -Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. *Arbitraje Comercial Internacional, Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Temis, 2008, Bogotá, p. 227-.

Al respecto, la doctrina ha reseñado que "(...) 'al surgir todo procedimiento arbitral del libre albedrío de las partes, es decir, de su voluntad expresa, en pleno uso de sus facultades, de subyugar, total o parcialmente, determinado o determinable conflicto, a la jurisdicción de un árbitro o tribunal arbitral, se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado (...). De tal forma que toda resolución emitida por jueces o tribunales que recaiga sobre cuestiones que no sean propiamente de orden o interés público y que además, hayan sido explícitamente encomendadas al poderío exclusivo de un determinado árbitro o tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral, acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería

*pisoteado tanto en su sano albedrío como la razón de existencia de todo procedimiento, medio o instrumento alternativo que intente de manera justa, viable y eficaz, dar solución al sinnúmero de conflictos que se suscitan en el creciente tráfico de negocios y servicios de la sociedad de hoy' (...)*" -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. *Ob. Cit.*, p. 15-.

Incluso debe reiterarse, que en la sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) esta Sala estableció que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "*sensibles*" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras; en la medida que:

*"Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.*

*Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.*

*La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato-*



*sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes".*

Sobre la base de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que la relación entre los órganos del Poder Judicial y los de arbitraje a los fines de lograr *"por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia"*, se generan un conjunto de relaciones jurídicas que suponen una necesaria asistencia y, comportan igualmente, un control que garantiza la eficacia de los medios de resolución de conflictos como una manifestación del derecho fundamental a una tutela *"judicial"* efectiva, en los términos expuestos en la sentencia de esta Sala N° 192/08.

Así, como ejemplos de la necesaria asistencia entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales, puede destacarse que al reconocerse los poderes cautelares de los árbitros, en la medida que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, esté plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; y dado que su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, es imperativo que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros –Vid. Sentencia de esta Sala N° 572/05–.

Igualmente, se ha recalcado en la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto –Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.121/07–. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (ex artículo 26 constitu-

cional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha asumido principios universalmente aceptados en la materia, orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así *"torpedear"* al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompeterz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana –Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05–.

Asimismo, la legislación vigente ofrece otros ejemplos de asistencia tales como la designación de árbitros –Cfr. Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial– o la obtención de pruebas antes y durante el proceso arbitral –Cfr. Artículo 28 *eiusdem*–.

Por otra parte, desde el ángulo de las relaciones de control entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales, la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 43 al 47 prevé la **anulación de los laudos** o, su reconocimiento *"por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias"*, conforme a los artículos 48 de la Ley de Arbitraje Comercial y con las excepciones contenidas en el artículo 49 *eiusdem*.

Ahora bien, no escapa al análisis de esta Sala que históricamente ha existido cierta reticencia frente al arbitraje por parte de algunos de los órganos del Poder Judicial, fundamentalmente por considerar que los pactos arbitrales constituyen una derogatoria de la jurisdicción de los tribunales judiciales –vale decir en una pérdida de poder o debilitamiento de las funciones que le son otorgadas constitucionalmente–; todo lo cual deviene en inaceptable, no sólo por el incuestionable desarrollo actual de la institución como un medio alternativo con rango constitucional, sino más importante aún, por el hecho que semejante posición significaría desconocer a los pilares fundamentales que sustentan al mecanismo como una institución viable y efectiva que, se insiste, forma parte del sistema de justicia (Vid. artículo 253 constitucional).

En tal sentido, si se afirman como cinco los elementos primordiales que debe mostrar una adecuada regulación del arbitraje, a saber *"validez y eficacia del convenio*



arbitral, autonomía de las partes, amplios poderes a los árbitros, intervención judicial sólo como apoyo al arbitraje, e intangibilidad del laudo arbitral" -Cfr. MANTILLA SERRANO FERNANDO, *La Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, Iustel, Madrid, 2005, página 29-, éstos sólo pueden realizarse eficazmente, en la medida que la aparente tensión entre las jurisdicciones ordinaria y arbitral, sea sustituida por una visión que postule la necesaria e inevitable cooperación entre las mismas.

Sobre este aspecto, comparte esta Sala las consideraciones de MUSTILL en cuanto a que idealmente, el manejo de los conflictos arbitrables debería parecerse a una carrera de relevos. En las fases iniciales, cuando los árbitros no se han hecho cargo de la disputa, el bastón está al alcance de los tribunales, por cuanto para ese momento no hay ninguna otra organización que pueda tomar medidas para prevenir la falta de efectividad del pacto arbitral. Cuando los árbitros asumen sus funciones, toman el testigo y lo conservan hasta la expedición de un laudo. En este estadio, no teniendo funciones adicionales, los árbitros retornan el bastón de forma tal que los tribunales, en caso necesario, prestan sus poderes coercitivos para la efectividad del laudo. Pero en la vida real esto no es tan claro. Muy pocos comentaristas aseverarían en la actualidad que las funciones legítimas de los tribunales cesan íntegramente cuando los árbitros reciben el expediente y, correlativamente, muy pocos dudarían que hay un punto donde aquellos asumen un papel netamente subordinado -Cfr. MUSTILL, MICHAEL. *Part III: Comments and Conclusions*, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, The ICC International Court of Arbitration, París, 1993, p. 119 y GAMBOA MORALES, NICOLÁS. *La Inmunidad Soberana de Jurisdicción en el Marco del Arbitraje Comercial Internacional. Evolución y Actualidad*, Universidad del Rosario, Colombia, 2007-.

Corolario de todo lo anterior, es que el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-; o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos -vgr. El pernicioso análisis de fondo sobre cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje, como será tratado *infra*-.

## 2. Del arbitraje y la falta de jurisdicción.

El concepto de jurisdicción a la luz de la justicia de paz y los medios alternativos de resolución de conflicto previstos en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se recoge en la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia N° 1.139/00 (caso: "Héctor Luis Quintero Toledo"), el cual reza textualmente:

*"Ahora bien, la jurisdicción consiste en la potestad o función del Estado de administrar justicia, ejercida en el proceso por medio de sus órganos judiciales (Conf. Piero Calamandrei. Derecho Procesal Civil. Tomo I, p. 114. E.JEA. Buenos Aires. 1973). Son los órganos judiciales con los que la autoridad mantiene el orden, cuando se produzcan ciertas situaciones entre los justiciables, y estos órganos pueden ejercer, conforme a la ley, una jurisdicción de equidad o una de derecho, por lo que los jueces de equidad, creados por el Estado, forman parte del orden jurisdiccional. A ese fin, la jurisdicción administra justicia, resolviendo conflictos, mediante un proceso contradictorio que es resuelto por una persona imparcial, autónoma e independiente. Cuando el artículo 26 de la vigente Constitución garantiza una justicia equitativa, tiene que estar refiriéndose a la jurisdicción de equidad.*

*Como antes la Sala advirtió, los órganos jurisdiccionales, que conforman el segmento: jurisdicción, están organizados jerárquicamente, de manera que entre ellos no pueden surgir otros conflictos que los de competencia, siendo impensable dentro del área jurisdiccional, litigios entre diversos tribunales por causas que conocen, siendo una excepción al que un tribunal sin mediar apelación u consulta, juzgue los actos, sentencias y resoluciones de otro tribunal, a menos que se trate de cuestiones de orden público, como el fraude procesal o la revisión, donde se encuentran implicadas conductas de particulares que son realmente los afectados, que permiten a un juez enfrentarse a lo decidido por otro juez. Pero este conocimiento en la revisión, ocurre excepcionalmente, y por lo regular, producto de la iniciativa de las partes y no del órgano jurisdiccional.*

*Dentro de las posibilidades legales de que la actividad de un órgano jurisdiccional sea juzgado por otro, sin mediar la apelación o la consulta, se encuentra la del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual permite que un juez superior al que emite un pronunciamiento u ordene un acto, conozca de un amparo contra dicho fallo o acto, si con él se lesiona un derecho o garantía constitucional. En este caso excepcional, es cierto que se rompe el principio de la unidad*

de la jurisdicción, sin embargo funciona la pirámide organizativa de la jurisdicción, y es el superior quien juzga al inferior, y ello ocurre porque las partes y no el órgano incoan el amparo. Los tribunales fueron concebidos para dirimir conflictos, no estando entre sus poderes o facultades el pedir justicia mediante litigios. Se requiere que el orden que impone la Ley Orgánica del Poder Judicial a los órganos de administración de justicia, se cumpla.

Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, siendo excepcionalmente jueces de derecho, conforme al mismo artículo que reza:

"Los Jueces de Paz procurarán la solución de conflictos y controversias por medio de la conciliación. Cuando ello no fuere posible, dichos conflictos y controversias se resolverán con arreglo a la equidad, salvo que la Ley imponga una solución de derecho. Los Jueces de Paz también resolverán conforme a la equidad cuando así lo soliciten expresamente las partes".

No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias.

La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto ex parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ella pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa".

Al margen de la delimitación orgánica contenida en la sentencia parcialmente transcrita, es de destacar como ya se señaló *supra*, que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, **el arbitraje postula el principio de cooperación y subsidiariedad de la actividad judicial**, que comporta no sólo un parámetro interpretativo de las competencias o instituciones relacionadas con el sistema de justicia arbitral, sino desde el punto de vista material, el garantizar que los órganos del Poder Judicial deban intervenir asistiendo o controlando el procedimiento arbitral o sus efectos, así como evitar que tales órganos interfieran en la actividad jurisdiccional conferida por el ordenamiento jurídico a los árbitros -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08-.

Así, en orden a resolver el asunto planteado a consideración de esta Sala, sólo se hará referencia a la operatividad de la "excepción de arbitraje" frente a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a su tratamiento jurisprudencial por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la jurisprudencia de esta Sala en materia de arbitraje. A tal efecto, el parámetro conceptual sobre la base del cual la Sala Político Administrativa aborda este tema, se encuentra recogido entre otras, en la sentencia N° 2.571/05, conforme a la cual se señala lo siguiente:

"Ahora bien, si bien por una parte se constitucionalizan los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, sin embargo, debe erradicarse el uso tergiversado que de ellos se pretende, en aras de garantizar los cánones y principios del sistema de administración de justicia.

Por ello, para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b). La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda (sic) orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención

de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje', cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en 'forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil', la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

(...)

b'2) Como segundo aspecto a ser valorado, se observa la tentativa de 'Fraude Procesal en el Arbitraje'.

En efecto, una vez que las partes han celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, resulta probable que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral. En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte co-contratante; de otras, manifestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones

contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano'. (Sentencia de fecha 20 de junio de 2001, caso: 'Hoteles Doral, C.A.').

De igual forma, la denominada "excepción de arbitraje" ha sido resuelta de forma similar por la mencionada Sala Política Administrativa, en la sentencia N° 5.245/05, conforme a la cual se señaló que:

"el arbitraje constituye una excepción a la jurisdicción que tienen los tribunales de la República para resolver por imperio de la ley, todos los litigios que sean sometidos a su conocimiento, en ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas; de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable el estímulo de un estado de inseguridad perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias cada parte opondría, según su conveniencia, la sustracción o no de las causas al conocimiento del poder judicial.

En tal sentido, esta Sala considera necesario determinar la validez de la cláusula compromisoria, así como verificar si existe expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes; y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa bajo análisis.

Desde esta perspectiva, se hace imprescindible en el caso bajo examen, analizar los siguientes elementos fundamentales:

- Validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el objetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.
- Expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes.
- Disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje".

De una simple lectura de las sentencias parcialmente transcritas, se advierte que las mismas parten de una premisa que bien puede calificarse como procesalmente



válida –en la medida que la cuestión previa contenida en el artículo 346.1 del Código de Procedimiento Civil, es una pretendida “excepción” relativa a la falta de jurisdicción de los tribunales para resolver un determinado caso sometido a arbitraje–; pero que en forma alguna puede ser utilizada como arquetipo fundacional sobre la base del cual interpretar con carácter general, las relaciones de asistencia o control entre los órganos del Poder Judicial y el sistema de arbitraje.

Ciertamente, cuando esta Sala afirmó la unidad funcional y teleológica de las actividades desarrolladas por los tribunales de la República y el sistema arbitral –Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08–, se niega cualquier concepción que comporte asumir una visión de incompatibilidad entre la “jurisdicción” y el arbitraje. En tal sentido, el ordenamiento jurídico aplicable se caracteriza por la necesaria colaboración entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial como partes integrantes del sistema de justicia, cuyo objetivo final debe ser la consecución de una sociedad justa de conformidad con los artículos 3, 26 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; de suerte tal que siendo coherentes con esta visión, no puede entonces seguir sosteniéndose que el arbitraje sea, en puridad de conceptos, una “excepción”.

Por ello, los principios de competencia-competencia y de la autonomía del pacto arbitral se constituyen en el régimen jurídico estatuario del arbitraje, en eslabones cardinales para garantizar el “derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08), en la medida que al ser la competencia del órgano del arbitraje consecuencia de un pacto –arbitral– que determina el ámbito de la competencia del mismo, es necesario reconocer a éstos su competencia para resolver los asuntos que se encuentren enmarcadas por la correspondiente estipulación, tal como lo señala la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 7 y 25, los cuales establecen que:

*“Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.*

(...)

*Artículo 25. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia*

*o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.*

*Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.*

Asimismo, conviene invocar la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, la cual regula en su Artículo II, el principio competencia-competencia (cuya vigencia es incuestionable en nuestro foro), en los siguientes términos:

#### *“Artículo II*

- 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*
- 2. La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*
- 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” (Destacado de la Sala).*

Asimismo, conviene reseñar similar disposición contenida en el artículo 8 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que inspiró a la vigente Ley de Arbitraje Comercial venezolana (1993), que estatuye lo siguiente:

*“Artículo 8. Acuerdo de Arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.*

- 1. El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de*



*presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.* (Destacado de la Sala).

Así, el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una **perspectiva positiva**, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (vgr. artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial) o, en relación a su **aspecto negativo**, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales (vgr. Artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras) –Vid. GAILLARD, EMMANUEL y BANIFATEMI, YAS. *Negative Effect of Competence-Competence: The rule of Priority in Favour of the Arbitrator*, en la obra *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO, Cameron May, Londres, 2008, p. 257-273; y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

*"(...) El principio Compétence-Compétence y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.*

*El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Compétence. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.*

*Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de Compétence tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que*

*decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.*

*Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.*

*Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de compétence que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.*

*Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. Compétence hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin compétence dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por compétence.*

*Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...)"* –Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, "El Principio Compétence-Compétence Revisado", en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84.

Ahora bien, la cuestión no radica en determinar la existencia o no del principio competencia-competencia en el ordenamiento jurídico venezolano –situación por lo demás clara a favor del mismo–, sino su aplicación en aquellos casos en los cuales una de las partes que acordó someter a arbitraje todas las diferencias o

ciertas diferencias que hayan surgido o puedan generarse entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; decide acudir e iniciar un proceso ante los órganos del Poder Judicial.

En tales supuestos, el carácter bifronte del principio competencia-competencia se pone de manifiesto en su aspecto negativo, pero igualmente cabe plantearse cuál es el grado de intensidad en la revisión de la cláusula compromisoria que el juez debe asumir.

Sobre este tema, desde el punto de vista del Derecho Comparado, no existía unidad de criterios en relación con el tipo de examen en materia de validez, eficacia o aplicabilidad, pero pueden identificarse dos corrientes en esta materia, unas vinculadas con el control inmediato o de fondo (criterio tradicional) y, otras –mayoritarias en la actualidad– que sostienen un examen preliminar o sumario por parte de los órganos del Poder Judicial.

Así, el control inmediato y de fondo era sostenido –en forma tradicional– por la jurisprudencia inicial de los Estados Unidos, conforme a la cual la revisión del pacto arbitral debía ser de fondo, ya que conforme a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *"First Options of Chicago v. Kaplan"*, se consideró que *"las cortes debían ser las encargadas de determinar, de manera exclusiva y por regla general los cuestionamientos relativos a la validez o los alcances del pacto arbitral"* –Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. *Ob. Cit.*, p. 157–. Situación que ha venido cambiando paulatinamente, dentro de los propios Tribunales de los Estados Unidos, en virtud de que cada día más Cortes han empezado a inclinarse por la llamada postura moderna, que consiste en aplicar el control preliminar a que se refiere el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (cuya Ley Aprobatoria en nuestro foro, fue publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, antes citada).

En efecto, ya a nivel comparado –y en forma mayoritaria– ha prevalecido el llamado control preliminar y sumario de los tribunales, cuyo origen más elaborado se ubica en el sistema francés, conforme al cual los jueces deben hacer un examen *prima facie* del pacto arbitral y, sólo si se evidencia una manifiesta nulidad del mismo, es sólo allí que no deben remitir a las partes al arbitraje.

Así, en países como Suiza, su Tribunal Federal ha restringido la revisión de las cortes a una verificación *"prima facie"* de la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje. También tribunales en Ontario (Canadá) y Hong Kong (China) que emplean una similar aproximación al tema, al establecer una revisión sumaria del pacto arbitral, conforme al principio competencia-competencia. En ese

mismo sentido, recientemente la Corte Suprema de la India en el caso *"Shin-Etsu Chemical Co. v. Aksh Optifibre Ltd"*, adoptó la tesis conforme al cual la revisión judicial sobre la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje no puede ser una aproximación exhaustiva y de fondo del pacto arbitral y justificó la revisión *"prima facie"*, en la medida que una revisión a profundidad respecto la validez o nulidad de la misma podía efectuarse mediante el control judicial del laudo arbitral –Vid. R. DOAK BISHOP, WADE M. CORIELL, and MARCELO MEDINA CAMPOS. *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, en la obra *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO. Cameron May, Londres, 2008, p. 284–.

Ahora bien, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, resulta claro que es en esta última corriente que el ordenamiento jurídico venezolano se inscribe, lo cual no sólo se justifica desde un punto de vista jurídico conceptual, sino desde un enfoque utilitarista, en la medida en que la posibilidad que los órganos arbitrales se pronuncien sobre su propia competencia en ningún caso excluye el control de los tribunales, la cual puede ocurrir de forma plena en el marco de un recurso de nulidad contra el laudo arbitral de conformidad con los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

En ese mismo sentido, debe interpretarse por parte de los órganos del Poder Judicial venezolano la disposición contenida en el artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que obliga a los Estados que hayan suscrito la convención, a remitir inmediatamente las disputas suscitadas entre las partes que han establecido un acuerdo de arbitraje en un contrato, al arbitraje; salvo que se *"compruebe"* que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Respecto a la interpretación y alcance del artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, resulta particularmente ilustrativa la tesis sostenida por SANTIAGO TALERO, conforme a la cual, se afirma que:

*"el control sumario protege la autonomía de los tribunales arbitrales para decidir preliminarmente acerca de su propia competencia. Sin embargo, no desconoce la celeridad procesal, al facultar a los jueces para señalar, en un momento dado, que el pacto arbitral es manifiestamente nulo, lo cual lex evita a las partes adelantar un proceso arbitral inútil. Así mismo, responde al espíritu de la Convención y al del artículo II.3 de la misma, los cuales*

consisten, en esencia, en dotar de efectividad al arbitraje, sin perjuicio de unas limitaciones razonables, enderezadas a proteger las expectativas de las partes y unas garantías elementales del debido proceso (...).

...omissis...

En efecto, (i) la amplitud normativa que pretende el artículo 11 para el reconocimiento de los pactos arbitrales; (ii) la previsión del artículo III en cuanto a la necesidad de evitar la adopción, en el derecho interno de los Estados, de requisitos de efectividad de los laudos arbitrales, más rigurosos que los aplicables a los laudos domésticos; (iii) el señalamiento, en el artículo V, de una potestad discrecional de los jueces para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero; (iv) la consagración, en el mismo artículo, de causales de denegación del reconocimiento y ejecución de dichos laudos, basadas fundamentalmente en errores de procedimiento –in procedendo– y no en errores sustanciales del laudo –in iudicando–; y (v) la inclusión, en el artículo VII, de la posibilidad expresa para que los interesados hagan valer los laudos arbitrales en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dichos laudos se invoquen, constituyen elementos normativos que evidencian, en su contexto, la presencia de un sentido inequívoco de la Convención, consistente en propiciar la efectividad del arbitraje, sin perjuicio de unos controles judiciales razonables (...).

...omissis...

En particular, el artículo 31, numeral primero, de la Convención de Viena, dispone que la interpretación de un tratado se debe realizar “[...] de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. A su vez, el artículo 33, numeral cuarto, del mismo instrumento, señala (i) que en caso de que un texto del tratado no prevalezca frente a otro, y (ii) que los textos auténticos revelen una diferencia de sentido, resulta necesario adoptar el sentido que mejor concilie los textos, en atención al objeto y fin del tratado.

Como se puede observar, la Convención de Viena se inclina por una interpretación teleológica o finalista del texto de un tratado internacional. La verdadera finalidad de la Convención de Nueva York consiste en proteger la efectividad razonable del arbitraje. Los textos de dicho tratado internacional, vale decir, de la Convención de Nueva York, independientemente de sus diferencias lingüísticas, se deben conciliar para reflejar el objetivo o

propósito central de dicha Convención” –Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. *Ob. Cit.*, p. 155-156–.

De ello resulta pues, que a juicio de esta Sala el alcance de la voz “compruebe” denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma –conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala según la cual “visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compete tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008)–, que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación “prima facie”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento.

No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación “prima facie”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito.

Respecto al primer supuesto, el mismo debe interpretarse en los precisos términos del artículo 6° de la Ley de Arbitraje Comercial, conforme a la cual “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Así, el carácter escrito no se limita a la verificación de un documento –cláusula compromisoria– firmado por las partes a tal efecto –en el mismo documento del negocio jurídico u en otro instrumento–, sino además de circunstancias tales como la manifestación de voluntad que se colige del intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del



acuerdo o del cual se derive la manifestación de voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje, con lo cual el juez debe remitir el conocimiento de inmediato de la controversia al órgano arbitral que corresponda (Vid. numerales 3, 4 y 5 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Párrafo 2 del artículo II de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y a la Recomendación relativa a su interpretación emitida por la Comisión (CNUDMI) en 2006).

El otro elemento a considerar —que se encuentra intrínsecamente relacionado con el punto anterior—, es que si se advierte una manifestación de voluntad concurrente respecto a la pretensión de someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, los órganos del Poder Judicial no pueden efectuar examen o análisis alguno relacionado con los vicios del consentimiento que puedan derivar de la cláusula arbitral —vgr. Facultades de un representante u órgano de la sociedad mercantil para someter a su representada—.

Esta interpretación vinculante, en forma alguna implicaría una renuncia a la soberanía o al desconocimiento de las potestades que constitucionalmente tienen atribuidos los tribunales de la República, sino por el contrario la materialización de los preceptos y principios contenidos en el Texto Fundamental en los términos expuestos *ut supra*; más aun, cuando el derecho de los particulares a una tutela judicial efectiva se ve garantizado por las normas estatutarias aplicables, particularmente en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual señala los supuestos en los cuales debe decretarse la nulidad de un laudo, a saber:

"Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

- Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;

- Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público".

Un simple análisis sistémico de la normativa aplicable, evidencia que las causales respecto a la nulidad del laudo tales como las que se refieren a los vicios del consentimiento (artículo 44.b) o a la arbitrabilidad objetiva de la controversia (artículos 3 y 44.f), **no pueden constituirse —bajo una interpretación que niegue la entidad y estatus constitucional del arbitraje—, en mecanismos que vacíen de contenido ese medio alternativo de resolución de conflictos, al someter a una revisión judicial previa —en fase de admisión de una demanda o ante un conflicto de jurisdicción— supuestos propios de un contradictorio pleno —recurso de nulidad— para su determinación en un juicio especial para tal efecto.**

En tal sentido, esta Sala en la sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010, destacó que "toda la doctrina comparada y nacional, la cual señala como principios generales que la elección de un foro específico para el desarrollo de un procedimiento arbitral y, para que tenga lugar la emisión del laudo definitivo, genera dos consecuencias inmediatas, a saber: (i) expresa consentimiento de las partes en cuanto que podrán ser demandadas en dicho foro, a través de la formalización de un arbitraje (institucional o independiente) y (ii) la exclusión o privación de conocimiento para aquellos tribunales que, en condiciones normales, podrían tener jurisdicción sobre las partes o sobre la controversia misma (Vid. ANDREAS F. LOWENFELD, *Internacional Litigation and Arbitration*, p. 281, American Casebook Series, New York University, 1993)".

Aunado a que en ese marco conceptual, "la pretensión de nulidad de un laudo arbitral se trata de una acción excepcional que sólo puede proceder en los supuestos contenidos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, orientado a enervar la validez del mismo, ya que su procedencia sólo es posible por motivos taxativos, lo que comporta la imposibilidad de afirmar que tal recurso se constituya en una 'apelación' sobre el mérito del fondo". Así, cualquier pretensión que propenda la nulidad de forma directa o indirecta debe interponerse conforme a la ley de procedimiento aplicable para ese arbitraje en específico (de acuerdo a lo que haya sido



adoptado por las partes en su cláusula compromisoria o acuerdo arbitral), y conforme a las normas de conflicto que resultasen aplicables al Estado que haya sido seleccionado como lugar tanto para el desarrollo del procedimiento arbitral –Cfr. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. LXI-2009, Núm. 1, Enero-Junio, Madrid, 2009–, como para la posterior emisión del laudo final, por lo que esta misma Sala señaló en la referida sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010, que:

*“desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público –Cfr. En tal sentido, lo reconoce el artículo 5, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994)– ya que ‘los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia, no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial’ o que ‘en caso que la decisión del correspondiente órgano [arbitral] contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión’ –Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08–.*

*Asimismo, desde una perspectiva adjetiva el recurso previsto en los artículos 43 al 47 de la Ley de Arbitraje Comercial, garantiza los derechos de los interesados frente a la posible ejecución del laudo arbitral, en la medida que prevé expresamente que a solicitud del recurrente, el Tribunal pueda suspender la ejecución del mismo, previa constitución de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado –Cfr. Artículo 43 eiusdem y sentencia de esta Sala N° 1.121/07– (...)– Cfr. Sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010–.*

En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación “*prima facie*”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito, en los términos expuestos *ut supra*, y así expresamente se declara.

Ahora bien, es de hacer notar, que el anterior criterio no comporta la negación de las competencias del Poder Judicial relativas a la interposición de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, por lo que en aquellos casos en los cuales ante una demanda o acción interpuesta ante los tribunales se plantee la falta o regulación de jurisdicción, resulta plenamente aplicable el contenido de los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Por otra parte, el segundo aspecto a ser valorado por esta Sala se encuentra vinculado con “la existencia de conductas procesales de las partes en disputa, orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje, para lo cual se califican las actividades u omisiones de una parte en juicio, como elementos demostrativos de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir”, para lo cual se analizara la “denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ (...)”.

Para ello, es preciso analizar el contenido y alcance del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que señala que: “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

Sobre los supuestos contenidos en el artículo parcialmente transcrito, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (*confesión ficta*) y; que también, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula

de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil), se verifica la denominada "*Renuncia Tácita al Arbitraje*" (...).

La interpretación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyo antecedente inmediato se encuentra en el artículo 322 del Convenio sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la interpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, "(...) tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (...)", así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil –conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador–, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal –Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07–.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que "(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA (Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Editorial Civitas, 4ª edición, 1994, P. 29), denomina como 'fuentes significativas' del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (...)" –Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07–.

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

En tal sentido, el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado es una garantía para el demandante en la medida que define que actuaciones debe realizar para que no se verifique una sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, tomando en consideración que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, "*visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional*" (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.055 del 10 de noviembre de 2008).

En consecuencia, debe tenerse presente que la aplicabilidad de la referida norma se encuentra limitada a la actuación de las partes en juicio y no de actuaciones *extra litem*, con lo cual la oportunidad y forma para la oposición de la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil o a la respectiva medida cautelar, debe producirse en la oportunidad procesal que en cada caso disponga el ordenamiento adjetivo aplicable, además de responder a los principios y normas rectoras del correspondiente procedimiento.

### 3. Sobre el criterio jurisprudencial de la falta de jurisdicción en el caso concreto

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás. Se trata pues, de una divergencia interpretativa en una decisión cuyo sentido diferente de otras decisiones anteriores se debe a que se han hecho menciones jurídicas distintas a las que siempre se han tomado en cuenta (Vid. Sentencia de esta Sala Nº 366/07).

Cabe añadir además, que esta Sala en sentencia N° 2.191/2006 asentó que debe garantizarse la confianza legítima y la seguridad jurídica de los justiciables, en los siguientes términos:

*"[p]recisamente, respecto a la confianza legítima de los ciudadanos frente a la falta de aplicación uniforme de la jurisprudencia la Sala ha indicado que: '[l]a uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando (...)' (vid. Sent. N° 3180/2004 del 15 de diciembre) (...)"*

Ciertamente, deben respetarse las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 956 del 1 de junio de 2001, caso: "Fran Valero González", 1.032 del 5 de mayo de 2003, caso: "Poliflex, C.A.", 3.702 del 19 de diciembre de 2003, caso: "Salvador de Jesús González Hernández" y 401 del 19 de marzo de 2004, caso: "Servicios La Puerta, S.A."), para lo cual a los fines de determinar el criterio vigente respecto al "sometimiento tácito a la jurisdicción" en el caso concreto, esta Sala advierte de la revisión de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, observa que desde la sentencia N° 812/2009, se estableció lo siguiente:

*"En tal sentido, esta Sala advierte que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 812/09, estableció lo siguiente: 'para establecer la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:*

*'(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.*

*(b). La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas estas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.*

*Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:*

*b'1) La denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje', cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en 'forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil', la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véase, entre otras, sentencias Nros. 1209 del 20 de junio de 2001 y 832, del 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.).*

*El criterio parcialmente transcrito consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado la renuncia tácita al arbitraje; el primero se refiere al caso en el cual el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino que por el contrario haya ejercido defensas de fondo, bien contestando la demanda, bien reconviniendo" (Destacado de la Sala).*

Posteriormente, la mencionada Sala reiteró el criterio parcialmente transcrito, en la decisión N° 1.069/2009, indicando igualmente que "el criterio parcialmente transcrito consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado la renuncia tácita al arbitraje; el primero se refiere al caso en el cual el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino por el contrario haya ejercido defensas de fondo. El segundo, se refiere al caso en que el demandado apersonado en juicio haya opuesto la



*existencia de la cláusula de arbitraje, pero no mediante el mecanismo procesal idóneo, esto es, a través de la interposición de la cuestión previa relativa a la falta de jurisdicción*".

Aunado al contenido de las sentencias parcialmente transcritas, cabe destacar que la referida Sala Político Administrativa sostiene de forma general conforme al texto de las sentencias parcialmente transcritas, un criterio que postula que cualquier actuación procesal distinta a la oposición de la cuestión previa prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, debe considerarse como una "renuncia tácita al arbitraje".

En tal sentido, cuando en la sentencia objeto de revisión se precisó "que si bien la primera actuación de la representación judicial de la demandada no fue la de oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo, como sería por ejemplo el haber dado contestación a la demanda o haber incoado una reconvencción (...). Por el contrario, su primera actuación fue la de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación de la parte demandada, error que fue reconocido por el Tribunal de Primera Instancia Marítimo en decisión dictada el 22 de enero de 2009, al acordar la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa Oceanlik Offshore III AS, así como el término de distancia (...), luego de lo cual en fecha 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo" (Destacado de la Sala), se alteró o modificó implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad (Vid. Sentencia de esta Sala N° 366/07).

De ello resulta pues, que relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, transcritos *supra*, observa esta Sala que Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., tenía la expectativa legítima que en el presente caso se verificó la sumisión tácita reconocida en la jurisprudencia parcialmente transcrita de la mencionada Sala; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al no dársele el mismo trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, referida a la sumisión tácita, como en el caso *sub iudice*.

En consecuencia, esta Sala a los fines de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de la potestad

extraordinaria de revisión, anula la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009 y, en consecuencia, ordena remitir copia de la presente decisión a la mencionada Sala, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida anteriormente en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, esta Sala debe advertir que conforme a las consideraciones generales antes expuestas, respecto a la procedencia de la "denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje' (...)", cabe destacar que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo, por lo que a partir de la publicación del presente fallo –y con el exclusión del presente caso–, no son aplicables los criterios jurisprudenciales sostenidos en esta materia por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la fecha (Vid. Entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: "Hoteles Doral, C.A." e "Inversiones San Ciprian, C.A.").

Por ello, esta Sala considera que no sólo debe admitirse la posibilidad que el demandado se oponga a las medidas cautelares contra él dictadas, sino que además la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés frente a la actuación irrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística.

En tal sentido, al margen de la declaratoria ha lugar de la presente revisión, esta Sala considera –con preocupación– que circunstancias tales como las que se presentaron en el presente caso, posibilitaban que la Sala Político Administrativa efectivamente anunciara –en forma expresa y categórica– el cambio de criterio que implícitamente aplicó, a pesar de haber anunciado lo contrario; es decir, a pesar que afirmó estar aplicando su criterio pacífico, en realidad estaba alterando su criterio sin siquiera advertirlo.

Pues, en efecto, las situaciones que envolvieron al caso alentaban la adopción de un nuevo criterio, pero aplicable a futuros casos (*ex nunc*); ya que la conducta procesal de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación (como ocurrió en el caso de marras) de la parte demandada en los términos que se evidencian de la sentencia objeto de revisión y, declarada con lugar por el Juez de Instancia y ordenada como fue la nulidad de todo lo actuado y la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa



Oceanlink Offshore III AS, así como el término de distancia, aunado a que en la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandada efectuó (Ex Art. 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado), como primera actuación válida en el respectivo proceso, la oposición de la cuestión previa prevista en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, resultaban compatibles con los principios vinculantes desarrolladas por esta Sala en el presente fallo; esto es, no significaban –sólo ahora, a partir de esta sentencia– una renuncia tácita.

Así, cabe destacar que de acuerdo al ordenamiento jurídico procesal aplicable al presente caso, de conformidad con el artículo 8° de la Ley de Procedimiento Marítimo, según el cual *"El procedimiento marítimo, cualquiera sea su cuantía, se desarrollará en forma oral, aplicando los principios de la brevedad, concentración, inmediación, gratuidad y publicidad conforme a las disposiciones contenidas en el Libro Cuarto, Título XI del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones señaladas en este Capítulo"*, en concordancia con el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil; al declarar el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en la decisión dictada el 22 de enero de 2009, la nulidad total de los actos consecutivos al acto irrito y la consecuente reposición de la causa al estado correspondiente al punto de partida de la nulidad y la renovación del correspondiente acto, el demandado el 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, 8 de la Ley de Procedimiento Marítimo y en acatamiento del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Así se declara.

Aunado a las anteriores consideraciones, esta Sala igualmente advierte por orden público constitucional, que por auto del 7 de octubre de 2008, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, admitió la demanda y ordenó el emplazamiento de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, como parte demandada *"(...) y/o en la persona del Agente Naviero del buque, en este caso 'OCAMAR' (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada), servicio autónomo con dirección Final Calle los Baños, Puerto de La Guaira, Edificio Servicios Autónomos de la Armada, Maiquetía, Estado Vargas, República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Comercio Marítimo"*, para que compareciera dentro de los veinte (20) días de despacho a fin de dar contestación a la demanda y, de considerarlo pertinente, opusieran las defensas correspondientes. En cuanto a la medida cautelar solicitada, se acordó proveer por auto separado. En decisión de esa misma fecha, dictada en el cuaderno separado, el tribunal de la causa decretó medida cautelar de prohibición de zarpe sobre la M/N Nobleman y negó la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte accionante.

Asimismo, que por escrito presentado el 12 de febrero de 2009, el *"abogado Franklin Elioth García, inscrito en el INPREABOGADO (sic) bajo el N° 69.995, actuando con el carácter de apoderado judicial de las sociedades mercantiles Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore opuso 'con carácter previo y de manera conjunta las defensas previas y de fondo', de conformidad con lo dispuesto en los artículos 865 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo"* y; mediante decisión del 17 de febrero de 2009, el *"Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas declaró con lugar la cuestión previa opuesta por la parte demandada, contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el presente caso"*.

Respecto a esta última afirmación del Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, conforme a la cual *"declara con lugar la cuestión previa contenida en el numeral 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 353 eiusdem, se declara EXTINGUIDO EL PROCESO"*, esta Sala precisa formular las siguientes consideraciones en torno a la jurisdicción de los *"tribunales ordinarios"* y al **poder cautelar general** de éstos, **vinculado a los procedimientos de arbitraje, como consecuencia directa de derecho a una tutela judicial efectiva.**

Ciertamente, como se dejó establecido en la presente decisión, **el logro de una verdadera tutela judicial efectiva por parte del sistema de arbitraje, requiere necesariamente la intervención de los órganos del Poder Judicial, en ámbitos tales como el ejercicio del poder cautelar de los árbitros.**

Así, no es controvertido en el ordenamiento jurídico vigente el poder cautelar de los órganos arbitrales, en los términos expuestos por esta Sala en la sentencia N° 572/05. Sin embargo, cabe cuestionarse si frente a un sometimiento a la jurisdicción arbitral **es posible que alguna de las partes, pueda solicitar ante los órganos del Poder Judicial de forma autónoma medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral, sin que ello se constituya como una renuncia tácita al arbitraje?**

Para resolver tal planteamiento, es claro que si la ley otorga a las partes la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir las controversias surgidas entre ellas, y el laudo que culmine dicho proceso goza de plena eficacia y puede incluso revestirse con la fuerza de la cosa juzgada, ello presupone al igual que ante los juicios ordinarios la posibilidad de contar con medios idóneos para garantizar el resultado de los derechos en controversia, como manifestación propia del derecho a una tutela judicial efectiva en los términos expuestos *supra* respecto al arbitraje.

442

tanto por los órganos que integran el Poder Judicial, constituyen un instrumento fundamental para el artículo 257 constitucional), y tienen repercusiones más subjetivas que de forma abstracta el Poder Nacional instaurado como *justicia formal*, por lo que alcanzan la aplicación concreta la obtención del juez (justicia material).

En los principios constitucionales destacan la naturaleza instrumental, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso, así como que el fin primordial de éste, es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

Con base a ello, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad y los medios para resolver sus conflictos, tales como el arbitraje, debiendo a tal efecto lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siendo que el medio para lograr esa necesaria armonización de la sociedad, debe ser el resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, para la materialización del derecho a una tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución y, dado que la existencia de estos medios alternativos no presupone mella alguna en atributos exclusivos de los órganos del Poder Judicial, pues cuestiones fundamentales de orden público se hacen inderogables frente a la voluntad de los particulares, es necesario admitir la existencia de un poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral.

Ello no se fundamenta exclusivamente en el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente", sino que además, resulta de una circunstancia práctica vinculada con el funcionamiento del sistema arbitral, ya que mientras se constituye el tribunal arbitral conforme a la cláusula de arbitraje del contrato es posible que se afecten los derechos e intereses de alguna de las partes.

Lo anterior no sólo ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada, en casos en los cuales las partes que someten una controversia al sistema arbitral no tienen

una opción distinta que acudir a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial —Cfr. REDFERN, ALAN. *Interim Measures*; en LAWRENCE W. NEWMAN Y RICHARD D. HILL (EDITORS). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Juris Publishing, Inc. USA, 2004, p. 217-243—, sino que además tales circunstancias, han sido reguladas en diversos instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

En ese orden pueden mencionarse la normativa elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recogida en la Ley Modelo (tantas veces aludida) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Reglamento de Arbitraje de la misma Comisión, los cuales establecen en sus artículos 9 y 26, respectivamente, lo siguiente:

*"Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.*

*No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas".*

*"Medidas Provisionales de Protección*

*Artículo 26*

- 1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.*
- 2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.*
- 3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo".*

De igual forma, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reconoce que las partes que someten una controversia a arbitraje, podrán solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, al establecer que:

Ciertamente, los procesos llevados tanto por los órganos que integran el Poder Judicial como por órganos arbitrales, constituyen un instrumento fundamental para la obtención de la justicia (artículo 257 constitucional), y tienen repercusiones más allá de los mecanismos adjetivos que de forma abstracta el Poder Nacional instituye por vía legislativa (*justicia formal*), por lo que alcanzan la aplicación concreta que de tales mecanismos realiza el juzgador (*justicia material*).

En tal sentido, los principios constitucionales destacan la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso, así como que el fin primordial de éste, es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

Con base a ello, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad y los medios para resolver sus conflictos, tales como el arbitraje, debiendo a tal efecto lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siendo que el medio para lograr esa necesaria armonización de la sociedad, debe ser el resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, para la materialización del derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución y, dado que la existencia de estos medios alternativos no presupone mella alguna en atributos exclusivos de los órganos del Poder Judicial, pues cuestiones fundamentales de orden público se hacen inderogables frente a la voluntad de los particulares, es necesario admitir la existencia de un poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral.

Ello no se fundamenta exclusivamente en el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente", sino que además, resulta de una circunstancia práctica vinculada con el funcionamiento del sistema arbitral, ya que mientras se constituye el tribunal arbitral conforme a la cláusula de arbitraje del contrato es posible que se afecten los derechos e intereses de alguna de las partes.

Lo anterior no sólo ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada, en casos en los cuales las partes que someten una controversia al sistema arbitral no tienen

una opción distinta que acudir a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.—Cfr. REDFERN, ALAN. *Interim Measures*; en LAWRENCE W. NEWMAN Y RICHARD D. HILL (EDITORS). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc. USA, 2004, p. 217-243—, sino que además tales circunstancias, han sido reguladas en diversos instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

En ese orden pueden mencionarse la normativa elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recogida en la Ley Modelo (tantas veces aludida) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Reglamento de Arbitraje de la misma Comisión, los cuales establecen en sus artículos 9 y 26, respectivamente, lo siguiente:

*"Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.*

*No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas".*

*"Medidas Provisionales de Protección*

*Artículo 26*

- 1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.*
- 2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.*
- 3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo".*

De igual forma, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reconoce que las partes que someten una controversia a arbitraje, podrán solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, al establecer que:



*"Artículo 23. Medidas cautelares"*

1. *A menos que se haya acordado de otro modo por las partes, el tribunal arbitral puede, tras el envío de la documentación a petición de una de las partes, ordenar cualquier medida cautelar que considere apropiada. Su adopción se puede condicionar a la constitución de garantías adecuadas. Las medidas aludidas en el presente artículo son adoptadas mediante resolución motivada o si es necesario bajo la forma de sentencia, si el tribunal arbitral lo considera adecuado.*
2. *Las partes pueden, antes del envío de la documentación al tribunal arbitral y con arreglo a las circunstancias antedichas, pedir de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. La actitud de la autoridad judicial en orden a la obtención de tales medidas, o para ejecutarlas una vez adoptadas por el tribunal arbitral no implica contravenir el convenio arbitral ni constituye una renuncia al mismo ni prejuzga la competencia del tribunal arbitral. Semejante petición, así como todas las medidas adoptadas por la autoridad judicial, deberán ser puestas en conocimiento del Secretariado. Este último procederá a informar al tribunal arbitral".*

A la par de las anteriores disposiciones normativas, la necesidad de contar con medios de tutela cautelar efectivos, ha generado una serie de regulaciones en el ámbito internacional y nacional, que permiten contar en el marco interno del sistema arbitral, con árbitros de emergencia o especiales para la obtención de medidas cautelares, antes que se constituya el correspondiente tribunal arbitral.

En tal sentido, resulta particularmente ilustrativa la regulación adoptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, cuyo fundamento se encuentra recogido en la "Introducción" del citado Reglamento, al señalar que "[u]n gran número de contratos, particularmente aquellos que tienen por objeto operaciones a largo plazo, pueden dar lugar a problemas que requieran una respuesta urgente. Frecuentemente, no es posible obtener en el tiempo requerido una decisión definitiva de un tribunal arbitral o de un juez (...). En consecuencia, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha establecido el presente Reglamento instituyendo un procedimiento precautorio prearbitral con el fin de permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendientes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podría sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna

otra forma (...). La utilización del procedimiento precautorio prearbitral no sustituye la jurisdicción arbitral o estatal competente".

Para el logro de tales objetivos, el referido Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral establece un procedimiento que dispone el nombramiento inmediato de una persona (el "Tercero") que tiene la facultad de dar ciertas órdenes antes de que el tribunal arbitral o estatal competente para conocer del caso (la "Autoridad Competente") se haga cargo de él —artículo 1, 1.1—, siendo dicho tercero competente conforme al artículo 2, 2.1, para:

- a. *Ordenar cualesquiera medidas conservatorias o medidas reparatorias que sean urgentemente necesarias ya sea para evitar el daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera de los derechos o bienes de una de las partes;*
- b. *Ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que debiera ser efectuado;*
- c. *Ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiere ser adoptada de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento;*
- d. *Ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas".*

Igualmente, desde el año 2006 el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD o por sus siglas en inglés ICDR), división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), adoptó un nuevo procedimiento para garantizar a las partes que se someten a un procedimiento arbitral, la posibilidad de acudir a un árbitro de urgencia que tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad, en los precisos términos del artículo 37 del Reglamento de Arbitraje Internacional, en los siguientes términos:

*"Artículo 37.*

1. *A menos que las partes acuerden otra cosa, las disposiciones de este Artículo 37 se aplicarán a los arbitrajes conducidos de conformidad con cláusulas de arbitraje o acuerdos celebrados el 1 de Mayo de 2006 o después.*
2. *La parte que requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal notificará al administrador y a las demás partes, por escrito,*



sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia. La notificación también explicará las razones por las que la parte tiene derecho a esa medida. Esta notificación podrá ser presentada por correo electrónico, fax o a través de otros medios fiables y deberá incluir una declaración haciendo constar que las otras partes han sido notificadas o una explicación de las gestiones realizadas de buena fe para notificar a las otras partes.

3. Dentro del día hábil siguiente a la recepción de la notificación que dispone el párrafo 2, el administrador nombrará a un árbitro único de urgencia de entre un panel especial de árbitros de urgencia designados para decidir solicitudes de medidas urgentes. Antes de aceptar su nombramiento, el candidato para árbitro de urgencia deberá informar al administrador sobre cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificables sobre su imparcialidad o independencia. Cualquier recusación del árbitro de urgencia deberá hacerse dentro del día hábil siguiente a aquél en el que el administrador haya comunicado a las partes el nombramiento del árbitro de urgencia y de que éste haya revelado las circunstancias antes mencionadas.
4. El árbitro de urgencia deberá establecer lo antes posible (y en todo caso dentro de los dos días hábiles siguientes a su nombramiento) un calendario de actividades para la consideración de la solicitud de las medidas de urgencia. Ese calendario de actividades deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas, pero podrá disponer que, como alternativa a una audiencia formal, las alegaciones se formulen por medio de una conferencia telefónica o por escrito. El árbitro de urgencia tendrá las facultades conferidas al tribunal en el Artículo 15, incluyendo la facultad para decidir sobre su propia jurisdicción, y resolverá cualquier disputa sobre la aplicabilidad de este Artículo 37.
5. El árbitro de urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Cualquiera de esas medidas podrá adoptar la forma de un laudo provisional o de una orden. El árbitro de urgencia deberá expresar sus razones en cualquiera de los casos. El árbitro de urgencia puede modificar o anular el laudo provisional o la orden si se prueba la existencia de justa causa.

6. El árbitro de urgencia no tendrá poder para actuar después de la constitución del tribunal arbitral. Una vez que el tribunal haya sido constituido, el tribunal podrá reconsiderar, modificar o anular el laudo provisional u orden de medida de urgencia dictado por el árbitro de urgencia. El árbitro de urgencia no podrá actuar como miembro del tribunal, salvo acuerdo en contrario de las partes.
7. Cualquier laudo provisional u orden de medida de urgencia puede ser condicionado a que la parte que solicita esa medida otorgue una garantía apropiada.
8. La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a la autoridad judicial no se considerará ni como incompatible con este Artículo 37 o con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho de acudir a arbitraje. Si el administrador es instruido por una autoridad judicial para nombrar a un asesor especial del juez que considere e informe sobre la solicitud para la medida de urgencia, el administrador procederá como establece el párrafo 2 de este artículo y las referencias al árbitro de urgencia se entenderán hechas al asesor especial del juez, con la excepción de que lo que el asesor especial del juez dictará será un informe y no un laudo provisional.
9. Las costas relacionadas con las solicitudes para las medidas de urgencia podrán ser inicialmente impuestas en todo o en parte a una de las partes por el árbitro de urgencia o el asesor especial del juez, sujeto a la facultad del tribunal para imponer las costas de manera definitiva" -Cfr. Página web, <http://www.adz.org/sp.asp?id=34518>, consultada el 4 de agosto de 2010-.

Sobre el contenido del artículo parcialmente transcrito, la doctrina ha señalado que el artículo 37 es más que una norma cualquiera sin aplicación efectiva, en tanto se constituye como una verdadera herramienta que las partes pueden utilizar eficazmente, cuando su contraparte intenta cambiar el "status quo" existente antes de la constitución del tribunal arbitral -Cfr. GUILLAUME LEMENEZ y PAUL QUIGLEY. *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action*. <http://www.allbusiness.com/legal/legal-services-litigation/11776155-1.html>, consultado el 3 de agosto de 2010-.

Sobre este tema también cabe destacar, que desde el año dos mil nueve, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo había considerado la adopción de esa clase procedimientos cautelares de emergencia, siendo adoptada tal solución en las vigentes normas de arbitraje de dicho Instituto. Así, en los artículos 1 al 10 del Apéndice II de las Normas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje

de la Cámara de Comercio de Estocolmo (2010), se reconoce el derecho de la parte interesada a solicitar la constitución de un árbitro de emergencia, el cual podrá dictar cualquier medida de emergencia, la cual mantendrá sus efectos, salvo que el árbitro de emergencia o el tribunal arbitral la revoque, se dicte el laudo definitivo o el caso no se remita al tribunal arbitral dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la cual se adoptó la medida de emergencia, entre otros supuestos regulados en el artículo 9 *eiusdem*.

Por último, en el ámbito nacional el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), reguló en forma similar la intervención de árbitros de emergencia que dieran eficaz respuesta a situaciones de urgencia que pueden presentarse antes del nombramiento de los árbitros, en los siguientes términos:

*"Artículo 35. Medidas cautelares.*

- 35.1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral puede subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, de los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.*
- 35.2. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice I de éste Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo, por uno o tres árbitros, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Directorio del CEDCA de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.*
- 35.3. *No se decretará la medida de embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán*

*suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído, diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral.*

- 35.4. *Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante el Director Ejecutivo, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro. El Tribunal Arbitral que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el numeral 29.2, o solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 16 ó 17 de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria.*
- 35.5. *El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial" (Destacado de la Sala).*

El esfuerzo reglamentario evidenciado en las normativas parcialmente transcritas, denota que en el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tienen una duración prolongada o compleja por los términos en los cuales se desarrolla la relación –pagos, valuaciones de obras u otras circunstancias–, comportan en muchos ocasiones que ante la probabilidad de conflictos entre las partes, que puedan perjudicar sus derechos o intereses, se requiere de la existencia de medios de tutela urgentes, que no pueden supeditarse hasta constitución del tribunal arbitral.

Ahora bien, una vez reconocido con fundamento en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el **poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral antes del inicio de las actuaciones arbitrales**, sin que ello pueda interpretarse como una renuncia tácita al **compromiso arbitral**; debe igualmente señalarse que el ejercicio de tal potestad por parte de los mencionados órganos jurisdiccionales, no puede ser arbitraria en la medida que se encuentra limitada y sometida a los principios y normas aplicables, tales como los criterios atributivos de competencia para el conocimiento de la solicitud de medida cautelar –vgr. Ubicación del bien– o las normas adjetivas y sustantivas aplicables, tales como la verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares –presunción de buen derecho y peligro de mora– o la tramitación de la oposición a las medidas acordadas.

Así pues, el ejercicio del mencionado poder cautelar se agota en la medida que la controversia sea sometida a su jurisdicción natural y una vez constituida ésta, el respectivo órgano arbitral tendrá plenas facultades conforme al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, para modificar, ampliar o revocar las medidas cautelares previamente otorgadas.

Conforme a tales asertos, si con ocasión de una determinada acción –vgr. Demanda por resolución de contrato– ante los órganos que integran el Poder Judicial, se solicitan medidas cautelares, aún cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, dicho órgano jurisdiccional mantiene su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a la misma, en los términos expuestos; salvo que se verifique la existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje –al cual se encuentra sometida la controversia– de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos *infra* –vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje–.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, esta Sala en orden a armonizar el sistema de tutelas cautelares en materia de arbitraje, advierte que el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial –al establecer que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”– debe ser objeto de una interpretación constitucionalizante, en la cual se de plena eficacia al “derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considerando el derecho a una tutela cautelar como un elemento intrínseco del primero” –Cfr. Sentencia de esta Sala N° 710/05–.

Así, no es posible afirmar bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que por voluntad de las partes sea posible excluir una potestad intrínseca al ejercicio de la actividad jurisdiccional, como lo es la de garantizar los resultados del juicio a través de medidas cautelares, por lo que esta Sala establece con carácter vinculante, que los árbitros designados para la resolución del fondo de una controversia tienen como parte de sus competencias la facultad de dictar medidas cautelares en el marco del ordenamiento jurídico estatutario aplicable. Así se declara.

Por otra parte, esta Sala observa que frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentar-

se en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concreta en la pendencia de las mismas a un proceso principal.

Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción o, incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 4.223/05, declaró la constitucionalidad de una norma de la Ley Orgánica de Aduanas que establecía una medida cautelar anticipada (sin previo juicio), inaudita parte y que puede declararse de oficio, al señalar que:

*“En este sentido, se observa que, en materia procedimental, la norma jurídica puede establecer la existencia de ciertas ‘medidas autónomas’ o ‘autosatisfactivas’, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.*

*Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquellas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (Vid. Calamandrei, Piero, Providencias Cautelares, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas*



en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional.

En aplicación de tales consideraciones al caso de autos, y sobre la base de la afirmación de que no es una medida definitiva sino preventiva, se observa que la constitucionalidad de la medida que admite el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas derivará, fundamentalmente, de que no se trate de una medida preventiva de carácter autónomo, sino que, por el contrario, se enmarque (i) dentro de un procedimiento en el que se otorgue oportunidad de defensa a las partes que estén involucradas y en el que la autoridad competente determine, con carácter definitivo, la existencia o no de violación a derechos de propiedad intelectual; o bien (ii) se trate de una medida cautelar anticipada respecto de un procedimiento administrativo o bien respecto de un proceso judicial que se sustancie con posterioridad, en un tiempo determinado y razonable, con la misma finalidad que antes se expuso: procedimiento administrativo o proceso judicial según que ese 'órgano competente en materia de propiedad intelectual' a que se refiere la norma que se impugnó sea una autoridad administrativa o bien un juez. En todo caso, de la existencia de ese debate formalizado y posterior a la medida dependerá, se insiste, que la norma cuya nulidad se demandó viole o no el derecho al debido proceso y, en consecuencia, el derecho de propiedad y a la no confiscatoriedad, pues, en caso de tratarse de una medida 'preventiva' autónoma, se produciría, además de una clara indefensión, un gravamen que, desproporcionada e irrazonablemente, limitaría el uso, goce y disfrute del importador o propietario respecto de la mercancía que fuere retenida".

Asimismo, circunstancias similares se verifica en el caso de las medidas que puede dictar el juez agrario, a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción -Cfr. Artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y la sentencia de esta Sala N° 962/06-.

Empero, a diferencia del supuesto contenido en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, conforme al cual "la norma circunscribe el poder preventivo a la adopción de medidas en cuatro supuestos específicos, para obtener dos resultados perfectamente delimitados, con lo cual debe desestimarse el argumento según el cual el artículo recurrido es una norma en blanco, que propugna la actuación arbitraria, pues no sólo se encuentran delimitadas las circunstancias que llevarían al juez agrario a actuar en un determinado sentido, sino que además están preestablecidos los dos objetivos que debe perseguir dicho órgano ju-

risdiccional con su proveimiento, el cual a todo evento, debe observar el deber de motivación a la que hizo referencia supra" -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 962/06-, esta Sala advierte que en el presente caso, se trata de medidas cautelares para asegurar las results de un juicio y no de derechos o bienes de interés general, previamente definidos por el ordenamiento jurídico.

Al margen del anterior supuesto, existen otros casos excepcionales contemplados expresamente en la ley, que permiten acordar medidas cautelares antes que se inicie el proceso principal en el cual se producirá un pronunciamiento en torno a los derechos controvertidos que se pretenden tutelar anticipadamente con el pronunciamiento cautelar. Tal como lo prevé artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el cual establece que:

"Artículo 112. Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida. Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal. Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario, de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado".

Ello también ha sido reconocido en el Derecho Comparado, particularmente en la legislación española, la cual en la Ley del Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) establece lo siguiente:

"Artículo 730. Momentos para solicitar las medidas cautelares.

1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.
2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.



*En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.*

3. *El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendientes a poner en marcha el procedimiento arbitral.*
4. *Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.*

*Esta solicitud se sustanciará conforme a lo prevenido en el presente capítulo".*

Así, en el presente caso, la Sala considera necesario que los trámites o el proceso principal –arbitral– al cual se adheriría la medida decretada, sea iniciado dentro de un número de días determinado, siendo que de no verificarse tal circunstancia, la medida cautelar decaería automáticamente. En consecuencia, al tratarse el poder cautelar general reconocido en este fallo de verdaderas medidas cautelares, y vista la inexistencia de una norma legal aplicable que señale el término para demandar (ante el Tribunal arbitral), así como los efectos de no hacerlo, esta Sala establece lo siguiente:

- i. Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar, así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendientes a la constitución del tribunal arbitral.
- ii. El tribunal competente se determinará por las normas atributivas de competencia aplicables, tomando en consideración que en aquellos casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia

sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes conforme al presente fallo, independientemente de la interposición y trámite de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, incluso en los supuestos relativos a la falta o regulación de jurisdicción regulados en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

- iii. Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas; esto es, la satisfacción del peligro en la mora, o la apariencia de buen derecho.
- iv. El tribunal sólo podrá decretar medidas cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos *infra*, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* para el otorgamiento de tales medidas –vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje–, así como el cumplimiento de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, lo cual realizará en forma motivada.
- v. Decretada las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendientes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar.
- vi. Vencido el lapso al cual hace referencia el anterior punto (v), sin que el solicitante haya cumplido con la carga impuesta, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante.
- vii. El solicitante de la medida cautelar que sea revocada conforme al anterior supuesto (vi), es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.
- viii. Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitirse inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

- ix. Cualquiera que sea el caso, la medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, a los fines de ser coherentes con el contenido del presente fallo, esta Sala en orden a tutelar los derechos e intereses de las partes en la controversia que dio origen a la sentencia objeto de revisión, ordena remitir copia de la presente sentencia al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas del contenido de la presente decisión, en orden a que conozca de una eventual solicitud de medida cautelar y se garantice el derecho a una tutela judicial efectiva en los precisos términos del presente fallo. Así se decide.

Finalmente, visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

## VI

### DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1. **HA LUGAR** la solicitud de revisión presentada por el abogado Arturo Bravo Roa, actuando como representante judicial de la sociedad mercantil **ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.**, ya identificados, de la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que *"improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman"*, la cual **SE ANULA**.

2. Se **ORDENA** remitir copia de la presente sentencia a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida en este fallo.
3. Se **ORDENA** remitir copia de la presente sentencia al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas del contenido de la presente decisión, en orden a que conozca de una eventual solicitud de medida cautelar y se garantice el derecho a una tutela judicial efectiva en los precisos términos del presente fallo.

Finalmente, se **ORDENA** la publicación íntegra del presente fallo en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, así como 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 respecto al sistema arbitraje y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial".*

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 03 días del mes de Noviembre de dos mil diez (2010). Años: 200° de la Independencia y 151° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,  
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO  
Ponente

El Vicepresidente,  
FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CARRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,  
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° AA50-T-2009-0573  
LEML

---

## 11. Bibliografía

1. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

2. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

3. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

4. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

5. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

6. *El libro de la  
bibliografía*  
de *...*

---

- BARON, PATRICK M. y LINIGER, STEFAN. "A Second Look at Arbitrability", en la Revista *Arbitration International, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA)*, Vol. 19, N° 1, Londres, 2003.
- BERNARDINI, PIERO. "The Problem of Arbitrability in General", en la obra editada por EMMANUEL GILLARD y DOMENICO DI PIETRO. *Enforcement of Arbitration Agreements and Internacional Arbitral Awards, The New Cork Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008.
- CREMADES, BERNARDO. *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration*, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001.
- DROMI, ROBERTO J. *Código del Mercosur*, T. I, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- JAY FOLBERG y ALISON TAYLOR, *Mediación, Resolución de Conflictos sin Litigio*, Limisa Noriega Editores, México, 1992.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. "El Principio *Compétence-Compétence* Revisado", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007.
- LALIVE, P. *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) — Some Legal Problems*, 51 British Year Book of International Law, 1980.



MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3<sup>o</sup> Ed., 1998.

RICHARD H. KREINDLER. *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers* – ICC Institute of World Business Law. Bernardo M. Cremades & Julian D.M. Lew, Paris, 2005 y WEINBERG DE ROCA, INÉS. *Derecho Internacional Privado*, 2<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

SINGER, LINDA. *Orígenes y Evolución del Movimiento de la Resolución de Litigios*. En: *Mediación: Resolución de Conflictos*. Ed. Paidós, 1996.

Este libro se terminó de imprimir  
el mes de agosto de dos mil once  
en las prensas venezolanas de  
Organización Gráficas Capriles C.A.  
RIF: J-30062923-0  
[ogcapriles@gmail.com](mailto:ogcapriles@gmail.com)



