

***“EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL ARBITRAJE EN EL CIADI Y LA
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE INVERSIONES DE
VENEZUELA”.***

Hildegard Rondón de Sansó.

Caracas, 11 de enero de 2009

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.

1. El arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos, tal como lo señala el único aparte del artículo 258 de nuestra Constitución vigente¹. En efecto, ese artículo califica al arbitraje en la forma como antes lo señaláramos, esto es, como un medio diferente de la vía jurisdiccional para la solución de conflictos. Igualmente lo somete a la ley, esto es, aplica el principio de la *reserva legal*, que es aquél en virtud del cual, las materias que son consideradas como fundamentales por el constituyente, no pueden ser reguladas sino mediante la “*ley*”, expresión equivalente a la de la *ley formal*, esto es, al acto emanado del Poder Legislativo Nacional, constituido por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador².

Ahora bien, no solamente a la **ley formal** aludida en el artículo 202 se puede calificar como **ley**, a los fines de la reserva legal, sino que también tienen ese calificativo, los actos del Presidente de la República, que el mismo dicte “*en las materias que se delegan*” por la Asamblea Nacional, mediante una Ley Habilitante, la cual debe ser sancionada por las tres quintas partes de los integrantes de dicho organismo, y además, tener rango y valor de ley. Los aludidos actos de legislación delegada, que generalmente tienen la forma de Decretos que dicta el Presidente de la República, también son leyes y en consecuencia, pueden regular materias de *reserva legal*.

2. Señalar que el arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos, no significa que sea un medio subsidiario o supletorio de la Justicia, sino que puede utilizarse para dilucidar los conflictos de intereses, en todas las materias que no están excluidas de su ámbito. *¿Quién excluye las materias?* Antes de dar respuesta a esta pregunta hay que recordar que la “*Justicia*” esto es, los órganos jurisdiccionales llamados por la Constitución y la ley para resolver los conflictos que se plantean en el ordenamiento

¹ Se alude a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que entrara en vigor el 30 de diciembre de 1999, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial N° 36.860, y cuya Exposición de Motivos apareció en la Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000.

² CRBV Artículo 202. *La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar Códigos.*

jurídico, pertenece al Poder Público, conformando uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial. Los señalados órganos son independientes de los restantes poderes del Estado y gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa y están destinados a declarar la voluntad concreta de la ley en cada caso que le sea planteado, y a ejecutar las decisiones que dicten.

3. La justicia se otorga a través de múltiples procedimientos: algunos están previstos constitucionalmente, como es el caso de la *acción popular de inconstitucionalidad*, y de *los recursos contencioso administrativos*. Otros procedimientos se encuentran en un texto general que regula los procesos y los órganos que operan en los asuntos civiles y mercantiles, como lo es el Código de Procedimiento Civil. También existen otros códigos reguladores de procedimientos específicos, como sucede con el Código Orgánico Procesal Penal³ y, asimismo, leyes reguladoras de jurisdicciones especiales, como lo son, la de la jurisdicción laboral⁴, la de la agraria⁵, y la del contencioso administrativo⁶, entre otras.

4. De lo anteriormente expresado emerge que, la jurisdicción civil ordinaria, está regulada por el Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, en dicho Código se encuentra la normativa reguladora del procedimiento del *arbitramento o arbitraje*, que es el que se aplica a la actuación de dicho sistema alternativo al régimen de la justicia ordinaria. Asimismo, fue dictada también una Ley de Arbitraje Comercial, que regula específicamente a la vía alternativa del arbitraje que se realiza en materia mercantil; y, en el mismo sentido, existe el arbitraje en materia laboral⁷.

5. En consecuencia, el arbitraje es una vía para dilucidar los conflictos necesariamente previstos en la ley, y regulada por lo que atañe a la legislación ordinaria, en

³ Código Orgánico Procesal Penal, cuya última reforma fuera publicada en la Gaceta Oficial N° 5.930, de fecha 07 de septiembre de 2009.

⁴ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.

⁵ Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cuya última reforma fuera publicada en la Gaceta Oficial N° 38.189 Ordinaria de fecha 18 de mayo de 2005.

⁶ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

⁷ Artículos 138 al 149 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

el Código de Procedimiento Civil y, por lo que respecta a la legislación especial, en los códigos y leyes que tratan materias específicas.

6. ¿Qué significa entonces el sometimiento de Venezuela al CIADI para que sea decidida una controversia en la cual es demandada? El CIADI es un nombre que aparece mencionado en el título del presente estudio, el cual significa dos cosas que están estrechamente vinculadas: Por una parte, al **Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados**, que entrara en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países.⁸

Igualmente, se designa como CIADI al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*, que es un organismo creado por el Convenio, cuya sede es la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Este Centro está destinado fundamentalmente a dictar reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje.

Venezuela⁹ mediante Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, adoptó el sistema del **arbitraje internacional** contemplado en el CIADI.

7. El *arbitraje internacional* es una figura relativamente reciente en el Derecho, porque el mismo constituye una vía alternativa a la jurisdicción del Estado para dirimir las

⁸ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), quienes el 18 de marzo de 1965 sometieron el proyecto de convenio con un informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial, para su consideración, con vista a su firma y ratificación. El Convenio partió de la consideración de que era necesaria la cooperación internacional para el desarrollo económico, materia en la cual desempeñan un importante papel las inversiones internacionales de carácter privado. Los proyectistas se basaron en el hecho de que constantemente surgían diferencias entre los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes, con relación a tales inversiones y, aun cuando tuvieron en cuenta que tales diferencias se sometían a sistemas procesales nacionales, opinaron que, en ciertos casos, el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución entre ellos. Fue así como estructuraron un sistema de *conciliación* y uno de *arbitraje internacionales* destinados, a que los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados, sometiesen a ellos sus diferencias.

⁹ Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

controversias que se plantean en la esfera de los países, bien entre sí o con relación a sus nacionales. Al respecto, debemos recordar que, durante mucho tiempo los conflictos entre Estados, se ventilaban y se decidían por los medios diplomáticos, hasta que fue creada la Corte de Justicia Internacional de La Haya¹⁰, destinada a conocer de las controversias surgidas entre entes soberanos. La actuación de la Corte Internacional se destinó así a dirimir conflictos que se refieran a las potestades y materias inherentes a los Estados Soberanos, tales como límites, reclamaciones, determinación de responsabilidad y en general, actuaciones que operan en la esfera del Derecho Público Internacional.

8. A medida que avanzaba el desarrollo del comercio internacional y los nexos contractuales entre los Estados se fortalecían, se fue haciendo necesario utilizar mecanismos para dirimir los conflictos surgidos de tales relaciones. Fue así como se constituyeron diferentes Centros de Arbitraje Internacional, entre los cuales la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París¹¹; el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹², las Reglas de UNCITRAL¹³, previstas en el régimen de la Organización de las Naciones Unidas. Este sistema de arbitraje internacional, ha operado en materias económicas ajenas a las cuestiones de Derecho Público. Es decir, si retomamos un poco la vieja clasificación de *actos de imperio* y *actos de gestión*, nos encontraríamos con que, el arbitraje internacional, debería versar sobre los actos de gestión imputables a los Estados; no así sobre los actos de

¹⁰ La Corte Internacional de Justicia (también llamada Tribunal Internacional de Justicia) es el principal órgano judicial de las [Naciones Unidas](#). Fue creada en [1945](#), en [La Haya \(Países Bajos\)](#) siendo la sucesora, a partir de [1946](#), de la [Corte Permanente de Justicia Internacional](#), creada por la Sociedad de las Naciones en 1920.

¹¹ El más importante de los organismos creados por la Cámara de Comercio Internacional es la Corte Internacional de Arbitraje (*International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce –ICA-ICC-*), fundada en 1923, y cuya sede se encuentra en París, Francia.

¹² Creado en 1917, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es uno de los organismos arbitrales más conocidos internacionalmente, en especial por su papel en disputas entre este-oeste.

¹³ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), fue creada por la ONU en 1966. Por su parte el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue dictado en 1976, y la Ley Modelo de Arbitraje de dicho organismo data de 1985.

imperio, donde solo cabría ocurrir a los Tribunales Nacionales o a la Corte Internacional de la Haya¹⁴.

9. Con la creación del CIADI, aparece un mecanismo diferente al del simple arbitraje internacional, por cuanto la controversia que ha de plantearse ante los tribunales arbitrales que dependen del CIADI, son generalmente las que se crean entre un *Estado* y el *inversionista* (que es un particular) de otro Estado. Es decir que el arbitraje internacional, que ante dicho organismo se ventila es **fundamentalmente**,¹⁵ la vía para demandar a un Estado soberano por parte de un inversionista, es decir de un particular que ha realizado inversiones en dicho Estado. Se denomina así *Arbitraje Internacional de Inversiones*, al proceso que se eleva ante el CIADI, así como ante otros organismos constituidos en forma expresa para tal fin, que está destinado específicamente a permitir que un Estado soberano sea demandado por un particular cualquiera, siempre y cuando el mismo tenga el carácter de inversionista de otro Estado signatario del acuerdo del CIADI o de otro Convenio específico. Estamos así ante la gran derogatoria del principio de la *Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*, por el sometimiento de los mismos a Tribunales arbitrales, a los cuales pueden ser llevados por los inversionistas (particulares) que habían realizado inversiones en el país correspondiente y se encuentran insatisfechos de la actuación del Estado receptor de la inversión, ante las pretensiones que deducen en su contra. Constituye así el CIADI y los otros Centros de Arbitraje, una excepción o anomalía al sistema imperante en las legislaciones internas de los Estados que, generalmente, establecen el principio aludido de *Inmunidad de Jurisdicción* y que prevén que la demanda contra el Estado se realice ante sus propios tribunales y, específicamente, ante Tribunales Supremos o Consejos de Estado, esto es, altos tribunales nacionales, que son los únicos idóneos para juzgarlos.

¹⁴ Lamentablemente, las diferencias entre las materias que pueden ser objeto de arbitraje entre el Estado y los particulares, y las que escapan a tal supuesto, se ha ido debilitando, lo cual es una de las causas fundamentales de los alegatos de falta de jurisdicción que se proponen en los juicios arbitrales constantemente.

¹⁵ El adverbio “*fundamentalmente*” la utilizamos por cuanto la normativa del CIADI prevé el arbitraje entre Estados, e incluso entre un Estado demandante de un particular, pero la regla general y el sentido mismo del arbitraje internacional de inversiones, es el conflicto que ha de resolverse entre un demandante particular en contra de un Estado.

10. Explicado lo anterior, tenemos el marco de referencia del problema que hemos de plantear, que es *el del consentimiento* para ser demandado ante el CIADI y la determinación de si un artículo contenido en la Ley de Inversiones de Venezuela¹⁶, establece o no un consentimiento abierto a cualquier inversionista nacional de otro Estado signatario del CIADI que, proponga en contra del Estado venezolano, una demanda arbitral ante dicho organismo.

11. En el sistema jurídico venezolano en general, el arbitraje siempre es una excepción a la jurisdicción legalmente prevista para dirimir las controversias, ya que en el mismo, en virtud del acuerdo de las Partes, se va a constituir un tribunal arbitral colegiado o unipersonal, al cual va ser sometido el conflicto, con el compromiso de acatar la decisión que sea dictada al efecto.

Todo lo anterior conforma una situación de excepción como se señalara, por las siguientes razones: a) porque en principio los conflictos que se plantean dentro del Estado deben ser resueltos por sus organismos jurisdiccionales; b) mediante el arbitraje, las partes de un conflicto, renuncian a la jurisdicción del Estado, para someterse a la decisión de un tribunal arbitral, es decir, de un tribunal que es ajeno a dicho Estado; c) esta renuncia a la jurisdicción nacional se expresa con el consentimiento indubitable, dado formalmente por los litigantes, de someterse a un tribunal arbitral; d) el **consentimiento** indubitable, claro, preciso para el caso concreto, es el elemento fundamental del valor del arbitraje, porque de no existir, no estaría dada la renuncia a la propia jurisdicción, que es la jurisdicción natural a la cual debería corresponder la decisión del conflicto.

Es decir, que el arbitraje es una importantísima excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción y, en consecuencia, tiene que estar presente la voluntad de las partes de someterse a un árbitro y, específicamente, la voluntad del demandado de ocurrir al tribunal arbitral, participando en su constitución, y sujetándose a todas las consecuencias que de ello derivan.

¹⁶ Se alude al Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Extraordinaria N° 5.390 del 22 de octubre de 1999, que fuera objeto de un Reglamento, que apareciera en la Gaceta Oficial N° 37.489 de fecha 22 de julio de 2002.

12. El sometimiento a arbitraje por parte de un Estado *puede surgir de una ley que en forma expresa lo establezca*, lo cual es sumamente difícil que se realice, por cuanto el legislador debería ser muy específico para señalar caso por caso las situaciones en las cuales procede el arbitraje y, en los cuales ha sido dado el consentimiento para ese concreto episodio de controversias entre el Estado y un particular.

Esto quiere decir que no puede significar consentimiento del Estado, la mención contenida en una norma de que las controversias pudiesen ser llevadas a arbitraje una vez agotada la etapa previa de negociación, en forma infructuosa o bien, los procedimientos previstos en una disposición expresa. ¿Cómo podría el legislador hacer que el consentimiento del Estado fuese considerado como tácitamente acordado, por el solo hecho de que existiese la previsión de que el inversionista pueda demandarlo ante un tribunal arbitral? Recuérdese que el Estado está dotado de inmunidad de jurisdicción, privilegio que podría ser irrenunciable en el seno de la Constitución y la ley; pero admitiendo que sea posible la renuncia, debe constatarse expresamente su presencia, tanto en las demandas relativas a actos de gestión, como en aquellas cuyo objeto versa sobre actos de imperio. Es decir, sería necesario que el legislador señalase expresamente que existe una tácita renuncia a una potestad soberana del Estado, como lo es la inmunidad de jurisdicción; pero en segundo lugar, sería necesario que además, señalara que la sola norma equivale a una manifestación de voluntad expresa, lo cual implica la derogatoria de cualquier lógica exigencia relativa a la presentación de una manifestación de voluntad formal y con ello escrita y auténtica. No creemos que de otra forma pueda la simple mención en una ley de la admisión de la vía arbitral para dirimir algunos conflictos entre Estado e inversionista, otorgarle a la demanda de este último, o bien a la admisión de dicha demanda, el efecto de una aquiescencia a comparecer a juicio por parte del Estado.

De todo lo anterior se pone en evidencia que la ley que consagre un específico consentimiento para un caso concreto -que es la única forma de que el mismo sea válido, a los fines de las reglas que rigen al arbitraje-, tendría que ser una de las llamadas "*leyes singulares*", figura rechazada por el ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de

decisiones que no son otra cosa que actos administrativos que adquieren forma de ley. El aludido rechazo a la *ley singular*, deriva de que ella es lo contrario en forma absoluta al concepto de ley. En efecto, la ley es en principio, un acto general, abstracto, impersonal, objetivo, imperativo, e irrenunciable. Ahora bien, la política legislativa ha ido admitiendo, por razones de los intereses superiores de los Estados, la posibilidad de la sanción de actos particulares en forma de ley, también denominados *actos singulares en forma de ley*, como lo son, por ejemplo, la Ley de Presupuesto, o las Leyes Aprobatorias de otros actos jurídicos (contratos, tratados).

Retomando el tema relativo a las formas de admitir el arbitraje, podemos señalar como la segunda de ellas, a la concertación de un Tratado, que no sería otra cosa, sino un contrato entre las partes, destinado a establecer una cláusula de sometimiento del Estado a la figura del arbitraje, en forma indubitable y personalizada. Este caso específico, generalmente, se pone de manifiesto en Acuerdos o Contratos en los cuales las partes del negocio jurídico se pronuncian sobre su voluntad de dirimir los conflictos ante un tribunal ajeno a la jurisdicción del Estado.

Una tercera modalidad sería el acto individual y específico en virtud del cual, el Estado demandado, acepte formalmente su sometimiento al procedimiento arbitral, en *una demanda concreta* que hubiese sido incoada en su contra. En tal hipótesis, debería ser el representante del Estado, debidamente facultado por un poder especial, con facultades especiales, el que compareciese para manifestar la voluntad del ente público. Recordemos que, en el Derecho Venezolano y seguramente en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, los “*poderes*” para representar a alguien en juicio, pueden acordar las *facultades normales* que dicha situación plantea, esto es: la de dar contestación a la demanda o ejercer una demanda reconvenzional; promover pruebas; hacer apelaciones en contra de las decisiones emitidas etc, pero también pueden otorgar al apoderado, *facultades especiales*, que deben ser expresas, sin lo cual no podría ejercerlas. Estas facultades especiales son las siguientes: convenir, desistir, transigir, hacer posturas en remate y prestar juramento decisorio. La última de estas facultades es la de nombrar árbitros, arbitradores o de derecho, esto es darle el compromiso de la decisión del juicio a sujetos ajenos a la relación procesal establecida

por el Estado. En Venezuela, el nombramiento de árbitros exige dichas facultades especiales, sin las cuales no podría realizarse. Menos aun, podría aceptarse que el apoderado tenga facultad para comparecer a un juicio arbitral si no tiene la facultad expresa para ello.

13. Venezuela ha sido tradicionalmente contraria, a someterse a los Tribunales Arbitrales. Su experiencia histórica en materia de árbitros es negativa en la esfera política, en la cual, las decisiones arbitrales han implicado casi siempre una lesión a sus intereses territoriales y a su soberanía. Es cierto que el arbitraje internacional de inversiones, se refiere a “*actos de gestión*”, es decir, a circunstancias que son ajenas a su soberanía y a la amplitud de su *imperium* como ente de Derecho Internacional Público y, es sobre la base de este criterio, que debe interpretarse cualquier situación que plantee dudas sobre la voluntad del Estado venezolano para comparecer en un juicio arbitral.

14. No escapó sin embargo nuestro país, de las corrientes globalizadoras que, intentaron por todos los medios, crear esferas de poder de ámbito mundial, atenuando e incluso, eliminando las facultades de decisión fundamentales del Estado nacional. Bajo la influencia de estas corrientes globalizadoras se filtró, en el régimen venezolano, que había sido, como se señaló, reacio al arbitraje, una normativa contenida en el antes citado Decreto N° 356 del 03 de octubre de 1999, y que se denominó Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones. Este Decreto fue dictado con la intención de ofrecerle a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, un marco jurídico que les otorgase seguridad con respecto a la actuación del Estado, frente a sus inversiones, teniendo *como objetivo de todo ello el desarrollo nacional*.¹⁷

15. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones define su propia esfera, señalando que rige tanto a las inversiones existentes en el país para el momento de su entrada en vigencia, como a las que se realicen con posterioridad, sin que su aplicación tenga efecto retroactivo. Define el Decreto los

¹⁷ Hemos recalcado este objetivo porque el Decreto en cuestión no atendía simplemente a la protección de las inversiones y de los inversionistas, sino que lo hacía con el objetivo del desarrollo nacional y, es bajo este criterio, que deben analizarse todas las situaciones que derivan de dicha normativa.

conceptos fundamentales sobre los cuales son dictadas las normas, como lo son los conceptos de inversión, inversión internacional, inversión extranjera directa, inversión subregional, inversión de capital neutro; inversionista internacional, inversión venezolana, e inversionista venezolano. Dedicó de inmediato un capítulo al tratamiento de la inversión en Venezuela, señalando que las inversiones internacionales tendrán derecho a un tratamiento justo y equitativo, conforme a las normas del Derecho Internacional. Equipara a los inversionistas internacionales, por lo que atañe a sus derechos y obligaciones, a los inversionistas nacionales. Postula así el principio de igualdad y no discriminación, e incluso, consagra el derecho “al trato más favorable” (artículo 9); prohíbe la ejecución de confiscaciones, salvo en los casos de excepción constitucionalmente previstos y, por lo que respecta a las expropiaciones de inversiones, las somete a las normas sobre expropiación por causa de utilidad pública o interés social. Prevé que el pago de la indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea enunciada, señalando que la indemnización deberá incluir el cálculo de los intereses hasta el día efectivo del pago, y las sumas correspondientes serán abonadas en moneda convertible y libremente transferible al exterior. La ley regula la promoción y las políticas de incentivos a la inversión en Venezuela.

II.- LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA LEY DE INVERSIONES

16. El Capítulo IV de la Ley que es el objeto de nuestra exposición, se denomina “Solución de Controversias”. ¿Cómo regula la ley la solución de controversias? Varios son los supuestos que la misma plantea:

a. El artículo 21 señala que cualquier controversia que surja *entre el Estado venezolano y el Estado de origen*¹⁸ *del inversionista internacional*, cuando no exista Tratado o Acuerdo sobre inversiones, será resuelta por la vía diplomática.

Si no se llegare a un acuerdo en el caso antes aludido de la *controversia entre Estados*, en los doce meses siguientes a la fecha del inicio de la misma, Venezuela deberá propiciar el sometimiento de la controversia a un tribunal arbitral, cuya composición, procedimiento y régimen de gastos serán acordados por el otro Estado, y las decisiones del tribunal, serán definitivas y obligatorias.

b. Cuando la controversia surja entre *“un inversionista internacional cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un Tratado de Inversiones, o en el caso de las controversias a las cuales les sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI-MIGA*¹⁹*) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) las mismas 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”*.

c. Las *controversias que se susciten en virtud de la aplicación del Decreto Ley de Inversiones una vez agotada la vía administrativa por el inversionista*, podrán ser sometidas a los tribunales nacionales o a los tribunales arbitrales venezolanos a su elección.

Por cuanto, dado la importancia que tiene la materia específica, es menester conocer claramente las hipótesis planteadas en la Ley de Inversiones, es necesario hacer una síntesis que exponga el orden que ha de seguirse para la solución de las controversias, de acuerdo con el articulado de la Ley precedentemente expuesto. Al respecto, vamos a plantearnos

¹⁸ El artículo 21 se refiere a *“el país de origen del inversionista internacional”*, pero obviamente a lo que está aludiendo es al Estado del cual es nacional el inversionista.

¹⁹ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI-MIGA), aprobado por la Junta de Gobernadores del Banco Mundial el 11 de octubre de 1985.

solo las situaciones relativas a las controversias entre un Estado y un inversionista, excluyendo la previsión del artículo 21 que, -ya hemos expuesto- no atiende a tal situación, sino a la controversia entre dos Estados con relación a las reclamaciones de un inversionista que, obviamente, escapa a los conflictos entre un Estado y un inversionista, que son los que queremos ubicar en el orden de la solución planteada por la normativa legal. El esfuerzo que vamos a hacer reconoce que, los supuestos legales no se presentan en una forma sistemática, planteando confusiones inevitables que son las que vamos justamente a aclarar.

Las tres situaciones relevantes a los fines de la solución de los conflictos entre Estado e inversionista son las siguientes:

Primera situación: Se trata de la controversia entre el Estado venezolano y el Estado del inversionista internacional **con el cual no exista Tratado de Inversiones**. Aquí la *vía de solución es la diplomática*, acordándose un plazo de doce meses para que se resuelva el conflicto, a falta de lo cual, deberá someterse la controversia por parte de Venezuela a un Tribunal Arbitral (artículo 21).

Segunda situación: Se trata del artículo 23 de la Ley que señala que, cualquier controversia que se suscite con relación a las materias objeto de la misma- *que son todas las relativas a inversiones*- implicará el **agotamiento de la vía administrativa** por el inversionista, concluido lo cual, se podrá ir **a la jurisdicción nacional o a los tribunales arbitrales venezolanos**, -a elección del inversionista-.

Tercera situación: controversia entre un inversionista internacional, *cuyo país de origen tenga con Venezuela un Acuerdo de Protección de Inversiones, o bien, haya suscrito el Convenio del CIADI o del OMGI*. En tal hipótesis se establece la previsión de que la controversia sea sometida al arbitraje internacional, en la forma prevista en los Tratados a los cuales la norma alude, si éstos así lo prevén, y, sin perjuicio de que pueda ocurrirse a la vía contenciosa establecida en la legislación venezolana.

Ante estos supuestos que plantean el equívoco de que normas ubicadas con posterioridad en el texto del decreto sean en virtud de la lógica del sistema, las reglas principales, se hace necesario reponer a un orden congruente, el enunciado de las vías, para corregir la colocación contradictoria que las mismas poseen. Este replanteamiento se presenta en la siguiente forma:

a) **Cualquier controversia relativa a la materia de inversiones** entre inversionistas y Estado debe ser sometida a la vía administrativa por el inversionista, agotada la cual puede ocurrirse a los Tribunales nacionales o a los Tribunales arbitrales venezolanos. Aquí hay un aspecto que es necesario precisar y es que una vez agotada la vía administrativa, no puede actuarse por ante tribunales arbitrales, de acuerdo con el Derecho venezolano, porque la vía administrativa da lugar a un acto administrativo o a una actuación administrativa que, por ser *decisiones de autoridad*, están sometidas al contencioso administrativo. La jurisdicción que le correspondería en consecuencia, es la contencioso administrativa. De allí que, la regla general que el artículo 23 establece es que las controversias sobre inversiones entre el Estado y un inversionista debe agotar la vía administrativa y luego dilucidarse ante los Tribunales nacionales.

b) La **segunda posibilidad** es la del conflicto entre el Estado venezolano y un inversionista de un país que tenga con Venezuela un Acuerdo de Inversiones. En este caso, la ley prevé que sea sometida a arbitraje internacional, pero “*en los términos del Tratado o Acuerdo*”, es decir que la disputa se regirá por las exigencias del Tratado en cuestión.

c) Finalmente, la **tercera posibilidad** es la de la controversia entre el Estado y el inversionista con el cual no exista un tratado de inversiones. Estimamos que esta situación no tendría realmente razón de ser, si se enuncia de manera separada, porque el artículo 23 de la Ley planteó la vía general, que es el medio para dirimir este tipo de controversias que, no es otro, que el que hemos planteado como primera posibilidad. Es decir, que existe una grave colisión entre el artículo 21 y el 23 de la Ley de Inversiones que, de acuerdo con una interpretación racional, ha de resolverse en el sentido de que el artículo 23 predomina sobre

el 22, ya que es el régimen general establecido para todos los supuestos, salvo el relativo a la existencia de un Acuerdo vigente entre Venezuela y el país del inversionista.

La tesis que hemos expuesto, a pesar de resultar obvia en su planteamiento, no ha sido seguida por la doctrina, la cual ha girado al rededor del alcance que ha de dársele al artículo 22, como veremos en el capítulo que sigue a continuación.

III. INTERPRETACIONES QUE SE HAN DADO DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE INVERSIONES

18. Una de las interpretaciones que se han dado por parte de quienes han demandado a Venezuela ante el CIADI, sobre el artículo 22, es que, si existe un Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones, o una adhesión al Convenio del CIADI o del OMGI, se deberá ir a arbitraje automáticamente, siendo innecesaria la declaratoria del consentimiento de Venezuela para someterse a dicho arbitraje, por cuanto ya la Ley le ordenaría tácitamente la sumisión al mismo.

Vamos a analizar con detenimiento el artículo 22 ejusdem, para apreciar si en el mismo se establece un consentimiento por parte de Venezuela al arbitraje incoado en su contra por los países adherentes al CIADI o al OMGI, ya que dicho artículo solo permite “*el arbitraje en los términos del respectivo tratado o acuerdo*”, términos estos que, en forma alguna, existen en los mencionados tratados.

Resulta evidente que el artículo 22 ejusdem, lo que quiso decir es que si Venezuela está vinculada por un acuerdo bilateral de inversión que prevea que las controversias pueden ser resueltas de conformidad con el régimen del CIADI, en tal caso deberá someterlas al arbitraje internacional; pero en el caso de que no exista un acuerdo bilateral de inversiones entre Venezuela y otro Estado que prevea el arbitraje internacional, podrá

ocurrirse al CIADI, bajo las reglas que el mismo establece, las cuales, como veremos, exigen de forma absoluta el consentimiento de las partes.

Es indudable que el artículo es enrevesado, pero aun con la peor de las intenciones, no puede decirse que el mismo constituya el consentimiento necesario para ir a arbitraje ante el requerimiento que le haga cualquier inversionista.

En lo que sí es claro el artículo es cuando exige que para ir al arbitraje, exista el consentimiento de las partes en “*los términos del respectivo tratado o acuerdo si así este lo establece*”.

De allí que es evidente que será el tratado suscrito por Venezuela el que señale las condiciones en las cuales se preste el consentimiento. Como veremos más adelante, todo el régimen del CIADI, constantemente alude, a la necesidad de un *consentimiento previo escrito, formal y auténtico*.

Por otra parte, la interpretación de que la norma de la Ley de Inversiones es una puerta abierta, un cheque en blanco de aceptación del arbitraje, es una tesis contraria a la razón. Como hemos visto, se exige una voluntad manifiesta, expresa, clara del sujeto que va a ser sometido al arbitraje. Sobre todo, cuando dicho sujeto, es nada más y nada menos que, un Estado demandado por un particular. Es decir, que la interpretación debe ser rígida cuando estamos ante la derogación del principio tradicional de la *inmunidad de jurisdicción del Estado*.

19. Independientemente de que, la exigencia del consentimiento sea impretermitible, está el hecho de que la norma remite su manifestación a los “*términos del respectivo Tratado o Acuerdo*”. Con respecto al Tratado del CIADI, nos encontramos con la exigencia de la voluntad expresa para conformar el consentimiento, lo cual aparece en las siguientes normas:

a. El artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, al aludir a la jurisdicción del Centro, dice que la misma 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, siempre que *“las Partes hayan consentido por escrito en someterla al Centro”*.

El mismo artículo, reitera lo del consentimiento, cuando en el aparte B N°2, señala como, *“nacional de otro Estado contratante a toda persona jurídica que, en la fecha en que Las Partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro...”* Por su parte, en el ordinal 3° del mismo artículo 25, se regula expresamente el consentimiento que ha de dar *“una subdivisión política u organismo público del Estado contratante”*, señalando que el mismo ha de requerir la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que la aprobación no es necesaria.

b. El artículo 36 *ejusdem* (que figura en el Capítulo relativo al *“Arbitraje en General”*), reitera que la solicitud relativa al mismo, deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la controversia, a la identidad de las partes y, al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento que deben seguirse para iniciar la Conciliación y el Arbitraje. No puede menos que interpretarse la norma comentada, en el sentido de que, si la misma exige para la solicitud todos esos requisitos, necesariamente y en virtud del principio de paralelismo de las formas, los mismos también deben estar presentes en el consentimiento. Con esta interpretación, el consentimiento debe ser específico al asunto objeto de la controversia; identificar a las partes que estarían involucradas en el procedimiento y contener la anuencia o aquiescencia del demandado efectuada de acuerdo con las formalidades que han sido previstas con relación al consentimiento en la conciliación y en el arbitraje.

20. Importantísimo es el Preámbulo del Convenio en el cual, en su último *“considerando”* establece: *“...la 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.”

Lo anterior es una respuesta contundente a quienes creen que el simple hecho de que una norma haga alusión a que el Convenio ha sido ratificado o aprobado, esto es, que ha ingresado en el ordenamiento jurídico interno, pueda constituir un consentimiento abierto, general e incondicional a cualquier inversionista extranjero. En efecto, no se puede entender como consentimiento de Venezuela a cualquier solicitud de arbitraje ante el CIADI, el hecho de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones aluda a la adhesión de Venezuela a dicho Convenio que es lo que significa la mención que hace del mismo.

21. Igualmente, en el mismo Preámbulo del Convenio, el párrafo 24 del mencionado Capítulo V alude a las formas en que puede presentarse el consentimiento, señalando al efecto: *“El consentimiento de las partes debe existir al momento en que se presenta la solicitud al Centro, pero el Convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato; o el compromiso entre Las Partes respecto a una diferencia que haya surgido. El Convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación de promoción y protección de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo a ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede manifestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.”*

La parte subrayada ha sido utilizada por los “intérpretes” que desean constituir al artículo 22 como un consentimiento unilateral permanente de Venezuela a cualquier solicitud de arbitraje que sea formulada en su contra.

Es indudable que si eso hubiese sido la voluntad de quien estableciera la norma, los Directores Ejecutivos que la proyectaron, se estarían contradiciendo, al exigir como elemento fundamental del arbitraje, el consentimiento de las partes, y al mismo tiempo admitir, que una Ley de Inversiones que prevea el arbitraje, es suficiente para que cualquier inversionista pueda demandar al País. La mención que se hace en el Párrafo 24 del Informe, solo puede entenderse en su verdadero y real sentido y es que el consentimiento puede darse:

a) Mediante las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga que, en casos de controversias las mismas serán dilucidadas mediante arbitraje; b) en una norma expresa, que sería el supuesto de que en una ley especial se estableciese que las controversias que surjan deberán ventilarse mediante arbitraje. Esto dista mucho del texto del artículo 22 de la ley venezolana que dice que podrán someterse al arbitraje ante el CIADI, las controversias de acuerdo al texto del tratado, haciendo así un reenvío al tratado, sin perjuicio de que se decida optar por las vías contenciosas. No existe ninguna obligación irrefutable del Estado de ir al arbitraje ante el CIADI y por otra parte, la sola norma no basta para conformar el consentimiento, sino que es necesario que éste se manifieste de conformidad con las disposiciones expresas del convenio para el cual el mismo debe ser escrito, expreso y preciso.

Del régimen al cual es sometida la iniciación del procedimiento arbitral, no puede sino resultar evidente que, si el demandado es el Estado, la norma contenida en las reglas procesales aplicables a los procedimientos arbitrales exige que se acompañen los documentos que contienen el consentimiento del Estado, e incluso, una información sobre la aprobación del consentimiento, en caso de que se trate de la subdivisión política o de un organismo público del Estado. Es tan estricta la exigencia del consentimiento, que la norma se detiene en todos los detalles.

Es por lo anterior que resulta contraria y fuera de contexto la información contenida en el párrafo 24 que hemos analizado, ya que no es posible interpretar que la mención de la

ley sea un consentimiento del Estado, después de haber insistido en que dicho consentimiento es la piedra angular del arbitraje y haberlo rodeado de tantos requisitos.

El punto 2 de la Regla 2, señala que la fecha del consentimiento con la presentación de los documentos que lo contienen y de la aprobación por parte del Estado, si se trata, de una subdivisión política o un organismo público del mismo, y asimismo todas las restantes exigencias del consentimiento “*deben justificarse con documentos*”.

22. En efecto, en las Reglas Procesales aplicables a la iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), se encuentra la marcada con el número 2 denominada “*Contenido de la Solicitud*”, que señala: “1) *En la solicitud se deberá...letra c) Indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado contratante. También deberá acompañarse una información similar de la aprobación de ese consentimiento de parte del Estado contratante, salvo que se hubiese notificado al centro que dicha aprobación no es necesaria*”.

El número 3 de la regla 2 que se denomina “*Fecha de otorgamiento del consentimiento*”, significa que “*la fecha en que las partes en la diferencia, hayan decidido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubiesen hecho el mismo día contará la fecha en que la última lo haya hecho*”.

23. Importante también es al respecto, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, ya que en el Capítulo V, denominado “*Jurisdicción del Centro*” en el párrafo 23 se dice: “***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***”. Debe observarse que, los Directores no se detuvieron en esta afirmación genérica, sino que en el Punto 25 del texto citado (25 V) señalan que, “*el consentimiento de las partes debe existir en el*

momento en que se presenta la solicitud al Centro”, recordando que tal principio aparece en los artículos 28 (3) y 36 (3) del Convenio, pero indican que el Convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento y es así como el Informe señala: a) El consentimiento puede darse en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese Contrato; b) En el compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido; c) El consentimiento no tiene por qué darse en un mismo instrumento y es así como señalan que *“un Estado receptor podría ofrecer en su legislación sobre protección de inversiones, que se someterían a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”*.

En el Informe de los proyectistas del Convenio se señala que no es necesario que el consentimiento de ambas partes se dé simultáneamente y a título de ejemplo señalan el caso de una legislación sobre promoción de inversiones en el cual se indique que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas *“con motivo de ciertas clases de inversiones”*. No se hace referencia a una Ley que aluda a la existencia del Convenio del CIADI, sino de una Ley que, específicamente indique que, en el caso de *“ciertas clases de inversiones”* el legislador podría señalar que, las diferencias derivadas de las mismas se ventilarán ante el Centro. No es en consecuencia, el caso del artículo 22 que simplemente se refiere a la jurisdicción del CIADI y de OMGI-MIGA, pero no precisa a qué casos se refiere.

Volvemos al tema ya antes tratado de que el legislador, con la libertad y autonomía que posee podría señalar específicamente casos en los cuales no sería necesaria la voluntad del Estado para ocurrir a un arbitraje ante el CIADI, especificando cuáles son esos casos. Ahora bien, en una Ley de Inversiones reguladora en consecuencia de todo el régimen de las inversiones extranjeras en Venezuela, sería absurdo que se violasen todos los principios jurídicos que giran en torno a la materia, como lo son la del rechazo de las leyes singulares; la necesidad absoluta de la voluntad del Estado para aceptar la convocatoria a la jurisdicción ajena a la propia y la violación al principio de inmunidad de jurisdicción.

Podríamos imaginarnos que en una Ley de Inversiones que sea específica de la materia de inversiones con respecto a una tecnología particular, como sería el caso de un nuevo sistema educativo; o en materia de violación de derechos humanos; en tales situaciones el legislador pudiera incluir una cláusula que elimine la necesidad de la voluntad expresa y declarada de ocurrir a arbitraje, pero se trata de una situación bastante lejana a la ideosincracia del Derecho Venezolano, a su evolución y a sus principios.

En consecuencia, la referencia del Informe de los Directores no constituye un ejemplo de que la alusión a una Ley a la posibilidad de ocurrir al CIADI, constituya una manifestación de voluntad de someterse a cualquier arbitraje que sea planteado contra nuestro País.

Es necesario recordar igualmente que el punto 25 (25 V) del Informe de los proyectistas señala que aunque el consentimiento de las partes constituya un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mismo no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. Esta afirmación se desarrolla en los puntos siguientes del informe en el cual se precisa que debe tratarse de una “*diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión*”. Los proyectistas son muy severos en los puntos que siguen sobre las condiciones que se exigen para que la jurisdicción del Centro pueda invocarse.

IV. LAS INTERPRETACIONES FORZADAS DEL ARTÍCULO 22

24. A partir de la vigencia de la Ley de Inversiones, no surgieron objeciones en materia del consentimiento, con relación al supuesto del arbitraje cuando exista un Tratado o Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones. Nadie levantó ninguna duda sobre la exigencia del consentimiento, como elemento fundamental para el arbitraje pero, apenas se presentaron las primeras actuaciones de Venezuela en el campo de la afirmación de la *Plena Soberanía Petrolera*, surgió una agresiva doctrina pro-inversionista. En efecto, la

Plena Soberanía Petrolera se inicio con replantearse la legitimidad de los Convenios Operativos, no solo por considerarlos contrarios al texto de la ley en la cual se fundaron (LOREICH)²⁰, y a la nueva Constitución vigente, sino también en el daño a los intereses de Venezuela

Fue así como los apoderados de las grandes inversionistas, comenzaron a escribir ensayos y a dictar conferencias sobre el artículo 22, para interpretarlo en forma conveniente a los intereses de sus representadas, de modo que el mismo no constituyese un impedimento para el arbitraje, sino la vía para que fuese innecesaria la manifestación expresa de voluntad de Venezuela. Fue así como, razonaron en el sentido de que la Ley de Inversiones en su artículo 22, era una aceptación a comparecer al arbitraje que fuese planteado por cualquier inversionista extranjero de un país con el cual Venezuela no tuviese un Tratado de Inversión.

La interpretación antes aludida se basaba en argumentos difíciles de sostener; pero a través de la fuerza de la repetición, sus expositores trataron de que se considerase como factible y consustanciada con el régimen de protección de inversiones la *presunción de consentimiento* por parte de Venezuela (presunción *iuris et de iure*), constituida por la simple mención en la Ley, de la aceptación del régimen de CIADI. De allí que, el consentimiento necesario en forma absoluta para ser llevado a un tribunal arbitral, se consideró existía **en forma tácita** por parte de Venezuela, cada vez que se plantease una controversia entre ella y un inversionista extranjero con cuyo país de origen Venezuela no tuviese un acuerdo de inversión.

25. Hemos repetido hasta la saciedad que una interpretación de tal naturaleza, debe ser objetada por múltiples razones, a saber:

a) Porque el consentimiento del Estado como hemos visto, debe ser dado en forma expresa como lo exigen la legislación y las reglas que rigen en la materia.

²⁰ Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industrial y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.769 de fecha 29 de agosto de 1975.

b) Porque si el artículo 22 se considera como un consentimiento abierto a cualquier tipo de solicitud de arbitraje, cuando sea promovido por el nacional de un país con el cual Venezuela no tenga un tratado bilateral de inversión (TBI), lo cual indudablemente tergiversa la figura del arbitraje, ya que su esencia está en el acuerdo con el cual el Estado renuncia a su inmunidad de jurisdicción.

c) Aún cuando se considerara válido el consentimiento abierto, el mismo sin embargo no podría llenar los requisitos que las normas del CIADI exigen para que se reconozca la sujeción de un Estado a un proceso arbitral. En efecto, las condiciones del consentimiento son: que debe ser expreso; que debe ser indubitable; y que debe ser para el caso específico en el cual se ha planteado. Indudablemente que el consentimiento presunto como una voluntad unilateral, genérica a aceptar cualquier tipo de arbitraje, no llenaría las condiciones establecidas.

Ahora bien, para apreciar la validez de los señalamientos antes hechos, vamos a exponer algunas de las posiciones que se han mantenido con relación al significado del artículo 22 por parte de la doctrina venezolana.

26. El profesor A.R. Brewer Carías²¹, estima que es indudable que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no es otra cosa que el consentimiento que se exige para que pueda someterse a arbitraje una controversia. Señala al efecto Brewer Carías que cuando el artículo 22 establece que en el caso de que un consentimiento de un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga con Venezuela un tratado sobre promoción de inversiones, tal controversia debe ser sometida al arbitraje internacional, sin necesidad de que medie un consentimiento expreso del Estado, por cuanto ese consentimiento se encuentra en dicho artículo 22. En efecto, el artículo indica que tales controversias “*serán sometidas al arbitraje internacional*”, que es una “*frase imperativa*” que obliga al Estado

²¹ Allan Brewer Carías, “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción”, en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 279-288. Texto consultado en <http://www.allanbrewercarias.com/>

que tenga vigente un Acuerdo de Inversiones con otro Estado, a aceptar ser parte en un juicio arbitral. Lo anterior constituye interpretar el artículo 22 como un consentimiento unilateral general expreso del Estado Venezolano, cuando exista un tratado sobre promoción y protección de inversiones, o bien, haya suscrito los convenios del CIADI y/o del OMGI-MIGA (convenio constitutivo del organismo multilateral de garantía de inversiones). La tesis de Brewer se fundamenta en que la frase contenida en el artículo 22 de que las controversias “*serán sometidas al arbitraje internacional*”, es una declaración unilateral expresa del consentimiento al arbitraje CIADI *dada libremente de antemano por la República de Venezuela*.

A esta tesis debe rebatírsela, recordando que la frase del artículo 22 se completa con la expresión “*si así éste lo establece*”. Esta frase obviamente, no puede ser interpretada sino en el sentido de que Venezuela deberá ocurrir al arbitraje “*de acuerdo con los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece*”. Ese es el sentido del artículo 22 y no puede ser otro, como se aprecia del hecho de que los artículos que precedentemente señaláramos, hacen determinadas exigencias para el arbitraje de CIADI, entre las cuales resaltan los que exigen el consentimiento expreso dado por escrito del Estado.

El criterio expresado por Brewer, no puede menos que rechazarse, ya que no solamente viola el claro sentido de la norma, sino que, considerarla como un consentimiento unilateral es darle un significado al convenio CIADI, diferente del que tiene para los tratados bilaterales de inversiones o el convenio MIGA, que contienen sus propios consentimientos al arbitraje y por tanto no requieren este tipo de mandato.

La cláusula significa para el autor citado que los requisitos del arbitraje han de estar presentes en los términos del respectivo tratado o acuerdo, salvo por lo que atañe al consentimiento que ya está contenido en el artículo 22. Es decir que rige la exigencia del artículo 22 para todos los requisitos relativos al arbitraje, salvo para el que se refiera al consentimiento. Brewer estima así que la única manera de dar efecto al mandato contenido en el artículo 22 de que “*serán sometidas las controversias al arbitraje del CIADI*”, es interpretar que la frase “*controversias con respecto a las cuales sean aplicables las*

disposiciones del Convenio CIADF, se refieran a cualesquiera controversias que cumplan todos los requisitos para la jurisdicción del CIADI **distintas al consentimiento**, el cual es otorgado por el propio artículo 22. Se expresa así que, de no interpretarse en tal forma el artículo 22, se le estaría privando de efecto, en violación del principio de interpretación “*effect utile*”. Indudablemente que **esta tesis no tiene asidero**, por cuanto el artículo 22 está diciendo claramente que, en las controversias entre un inversionista internacional que pertenezca a un país que tenga un tratado de protección de inversiones con Venezuela, o en las controversias relativas al CIADI, se puede ocurrir al arbitraje internacional, atendiendo a las condiciones del tratado en cuestión, que el mismo establezca. Esta es la única interpretación lógica posible. Es decir, que se faculta al arbitraje internacional interpuesto por un inversionista nacional de un país que tenga un acuerdo con Venezuela, siempre y cuando se den las condiciones que el acuerdo establezca. En el caso específico de CIADI, el Convenio de dicho organismo exige en el arbitraje, el consentimiento dado por escrito, y formulado en forma expresa por el país. Lo anterior está muy lejos de la tesis para la cual la redacción de la norma permita considerarla como un consentimiento dado para cualquier arbitraje que sea interpuesto contra Venezuela.

Brewer²² estima que con esta frase incluida en el artículo 22 lo que se quiso fue cubrir la posibilidad de que Venezuela pudiese celebrar tratados para la promoción y protección de inversiones que no contemplaran el arbitraje internacional, pero indudablemente ello sería ir mucho más allá del alcance de la norma.

V. EL SENTIMIENTO NACIONAL RELATIVO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

27. Es importante, a los fines de la interpretación de una norma, saber el ambiente dentro del cual la misma se gesta, por cuanto las normas son el fruto de la cultura de un pueblo, de sus sentimientos y de las aspiraciones que a través de ellas se espera satisfacer. Lo señalado atiende a que uno de los alegatos que ha sido hecho por Venezuela

²² Allan Brewer Carías, *Ob. Cit.*

con respecto al arbitraje internacional es el del rechazo tradicional que existe en la conciencia jurídica del país contra el arbitraje, lo cual, contrastaría con la tesis de que, a través del artículo 22 se quiso otorgar un consentimiento para cualquier inversionista que desee demandar a Venezuela por esa vía. Es así como debe rechazarse la tesis sostenida por algunos partidarios de la interpretación de que el artículo 22 es un consentimiento tácito, y que su inclusión en la Ley, derivó de un sentimiento nacional favorable al arbitraje internacional.

Venezuela aun recuerda las actuaciones de las potencias extranjeras que dieron lugar al episodio grotesco del *bloqueo internacional* del cual fue víctima, no solo de las amenazas, sino de los hechos represivos de varias potencias extranjeras. Este episodio doloroso de nuestra historia, dio lugar a la Doctrina de Luis María Drago y Carlos Calvo, que rechazaban el cobro de sumas de dinero a los países por parte de las potencias, mediante la utilización de la fuerza. La Doctrina Calvo a su vez, sostiene que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados no debe estar sometido a la injerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no deberían gozar de mayores privilegios que los nacionales y debían resolver sus diferencias ante los Tribunales Nacionales. Esta Doctrina dio lugar a la llamada “Cláusula Calvo” aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, que obligan a estos últimos a renunciar al recurso de la protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del estado receptor y bajo la legislación local. Estas formulaciones se materializarían en la Constitución de Venezuela de 1901²³ y en todas las posteriores.

28. Si bien en la década de los 90, existió un movimiento económico-político llamado de “*globalización*”, o de “*internacionalización o apertura económica*”, protagonizado fundamentalmente por algunos sectores vinculados a la industria petrolera,

²³ Artículo 139. *Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Federal o por el de los Estados, por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo o en parte, a Gobierno extranjero; y en todos ellos se considerará incorporada, aunque no lo esté, la cláusula siguiente: ‘Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo o por ninguna razón puedan ser origen de reclamaciones extranjeras’. Las Sociedades que en ejercicio de dichos contratos se formen deberán establecer domicilio legal en el país, para todos sus efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero.*

que era partidaria a ultranza del arbitraje de inversiones, existía sin embargo un sentimiento contrario a esta figura en la mayoría de la población. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, fue dictado en una época convulsiva para la legislación venezolana, por cuanto se había producido la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; un enorme bloque de normas se acumulaban en el ámbito de la agenda ejecutiva para ejercer las facultades delegadas que el Congreso le había otorgado al Presidente de la República. Se trataba del encuentro de dos sistemas que trataban de fusionarse, algunas veces sin éxito alguno, y otras, con resultados totalmente contradictorios. Es así como del propio régimen del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, sostenedor en forma absoluta del principio de inmunidad de jurisdicción, va a surgir justamente una norma que “*reconoce*” el arbitraje internacional de inversión. Debemos recordar con respecto al Presidente Chávez que, con anterioridad a la firma de la Ley de Inversiones, el mismo había propuesto a la Asamblea Nacional Constituyente, la sustitución del artículo 127 de la Constitución de 1961, que establecía la inmunidad de jurisdicción, permitiendo una excepción a la misma, por un nuevo artículo, mucho más rígido. Al efecto, el artículo 127 de la Constitución de 1961, establecía lo 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, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.*”

La propuesta de Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente, estaba constituida por el siguiente cambio:

“*En los contratos en los que participe la República y sean de interés público, se considerará incorporada aún cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual, las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los Tribunales competentes de la República en conformidad con las leyes*”.²⁴

²⁴ Hugo Chávez Frías, *Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Título V, sobre el Sistema Socioeconómico, Caracas, 1999.

Este artículo de haber sido incorporado a la Constitución de 1999, no habría permitido excepción alguna al principio de inmunidad de jurisdicción, constituyendo una *inmunidad absoluta de jurisdicción*, en las controversias relacionadas con los contratos de interés público. No puede atribuirse entonces a un régimen dotado de un acentuado sentido nacionalista, la intención de una norma que abre las puertas del arbitraje internacional de inversiones a cualquiera que intente demandar a Venezuela.

29. Otra manifestación de la intención del legislador, que en este caso era el Ejecutivo, es el Instructivo dictado el 12 de marzo de 2001, por el Presidente de la República, relativo a la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, llamado *Instructivo para la revisión de los Proyectos de Contratos de Interés Público Nacional que serán celebrados por la República*. Instructivo N° 4, Gaceta Oficial 37.158 del 14 de marzo de 2001. El instructivo establece como su objeto, regular el mecanismo interno de revisión de los proyectos de contratos de interés público que deberían celebrarse por la República, particularmente, en lo relativo a la inclusión de las cláusulas de arbitraje internacional. Al respecto se instaba a todos los Despachos Ministeriales, a remitir los proyectos de contratos a la Procuraduría General de la República, con la opinión de la consultoría jurídica del respectivo Despacho, y, con una alusión expresa a la procedencia de las cláusulas de arbitraje. Se señalaba que, el proyecto de contrato, con la opinión de la Procuraduría General de la República, debía someterse a la consideración y aprobación del Presidente de la República.

El Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, dictado el 13 de noviembre de 2001, establece en el artículo 12 que los contratos que deban ser suscritos por la República que establezcan cláusulas de arbitraje, requieren de la opinión previa de la Procuraduría General de la República, la cual, según señala el artículo 13, debe hacer un pronunciamiento expreso sobre las cláusulas de arbitraje. Aparece así, la figura que la doctrina ha denominado como *inmunidad relativa de la jurisdicción*.

VI. ACTUACIONES JURISDICCIONALES EN VENEZUELA EN CONTRA DE LA LEY DE INVERSIONES Y ESPECÍFICAMENTE DE SU ARTÍCULO 22:

30. Hemos dicho a lo largo de nuestro examen que en Venezuela siempre existió un ambiente contrario al artículo 22 de la Ley de Inversiones, y que su inclusión en el régimen jurídico venezolano fue producto de una tendencia ideológica de gran efervescencia, pero de breve duración, que fue la de la “*globalización*”, que en el campo específico de la actividad petrolera estuvo representada por la llamada “*apertura petrolera*” o internacionalización de Petróleos de Venezuela, S.A. La demostración más clara de este rechazo al artículo 22, está en los recursos judiciales que han sido ejercidos, hasta ahora, en contra del mismo, en donde han estado presentes las diferentes formas de impugnación o de revisión de la normativa jurídica. Así, se ha ejercido un recurso de nulidad de la ley por inconstitucionalidad; en el mismo sentido un recurso de colisión de normas constitucionales; un recurso autónomo de interpretación constitucional del artículo consagrador del arbitraje como medio alternativo y su alcance frente al dispositivo del artículo 22 de la ley; y, un recurso de interpretación del artículo 1º de la Constitución, relativo al concepto de inmunidad y soberanía. Es necesario, hacer una relación de los recursos que han sido interpuestos para darse cuenta de que la conciencia jurídica venezolana, siempre ha estado en contra, desde el momento de su promulgación, de la inclusión de dicho artículo en nuestro derecho positivo.

Desde los primeros momentos de la vigencia de la Ley de Inversiones se hizo evidente su rechazo por un sector importante de la doctrina. Así, fueron interpuestos varios recursos bien contra la norma, o bien para precisar las limitaciones de su alcance.

31. El primero de los aludidos, fue un **recurso de nulidad por inconstitucionalidad**. Se trató de un recurso de nulidad contra los artículos 17, 22 y 23 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, dictado por el Presidente de la República y publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999. El recurso fue ejercido por ante la Sala Constitucional por los abogados Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García, el 27 de abril de 2000.

Alegaron los recurrentes que el artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones intenta autorizar a los particulares para que dejen de lado la aplicación de normas de derecho público venezolanas, a favor de órganos arbitrales. Asimismo señalaron que el artículo 17 establece una discriminación en perjuicio de los inversionistas nacionales, ya que prevé para los mismos, requisitos más complejos que los que se exigen a los extranjeros, violando así el artículo 301 de la Constitución.

Igualmente impugnaron los actores los artículos 22 y 23 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, considerando que, los mismos coliden con los artículos 157 y 253 de la Constitución.

Por lo que atañe al artículo 22, según los recurrentes, se intenta autorizar a los particulares para que dejen de lado la aplicación de normas de derecho público venezolanas, a favor de órganos arbitrales extranjeros. En el mismo sentido, estimaron que el artículo 23 era inconstitucional por cuanto se presenta como lesivo del principio de la jurisdicción venezolana.

La Sala, en sentencia No. 186 del 14 de febrero de 2001, consideró al efecto que no es cierto que sean las normas impugnadas las que autorizan la derogatoria de las normas de derecho público venezolanas a favor de órganos arbitrales, sino que la propia Constitución prevé la existencia de medios alternativos de justicia, en el artículo 253 en su última parte, al señalar:

"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 a la ley"

La Sala consideró que, con la previsión del arbitraje en los términos desarrollados en la normativa impugnada, no se violenta la soberana potestad de los tribunales nacionales para administrar justicia, tal como lo afirma la parte actora, sino que, efectivamente –reitera- se desarrollan las normas programáticas arriba señaladas, contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

32. La segunda acción planteada fue un **recurso de interpretación legal**, formulado por los abogados Omar Enrique Valentiner, Omar Enrique García y Emilio Enrique García Bolívar, ante la Sala Constitucional, destinado a solicitar la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones. La Sala Constitucional se declaró incompetente para decidirlo, mediante sentencia del 9 de abril de 2007, declinando dicha competencia en la Sala Político Administrativa, por cuanto estimó que se trataba de la interpretación de una ley y no la de un texto constitucional. A su vez, la Sala Político Administrativa, sentenció en fecha 5 de julio de 2007, declarando inadmisibile el recurso de interpretación, por falta de legitimación de los recurrentes, ya que consideró que el interés que los mismos ostentaban no era personal y directo por no estar afectados por una situación jurídica particular.

El recurso interpuesto pretendía que el Máximo Tribunal determinase si el artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, *consagró o no el consentimiento arbitral necesario* para que los inversionistas extranjeros puedan iniciar arbitrajes internacionales en contra del Estado Venezolano.

Los recurrentes señalan que no están cuestionando la constitucionalidad del artículo 22 *ejusdem*, por cuanto la misma fue analizada en la antes mencionada Sentencia No. 186 de la Sala Constitucional del 14 de febrero de 2001, sino que lo que desean es que el Máximo Tribunal determine si el artículo 22 consagró o no el consentimiento arbitral necesario para que los inversionistas extranjeros pudiesen iniciar arbitrajes internacionales en contra del Estado venezolano.

Alegaron los recurrentes que una cosa es que el artículo 22 sea constitucional y otra muy diferente es que en ese artículo haya sido consagrado un consentimiento general y universal para que todo inversionista extranjero pueda solicitar que sus disputas con el Estado venezolano sean resuelta por conducto del Arbitraje Internacional, circunstancia respecto a la cual la redacción del artículo no es diáfana.

Señalan que para que una disputa pueda ser sometida a Arbitraje Internacional, debe expresar su consentimiento, y en materia de arbitraje de inversiones extranjeras no es diferente, ya que en este tipo de arbitrajes las partes son un inversionista extranjero por un lado y un Estado soberano por el otro, y las disputas versan sobre temas derivados directamente de la inversión extranjera.

Indican también que, para el desarrollo del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados fue creado el Centro Internacional de Arreglos de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI), a través de un convenio de igual nombre suscrito por Venezuela. Ahora bien, la mera ratificación del convenio CIADI no supone otorgamiento de consentimiento para que las disputas que pudieran surgir entre inversionistas extranjeros y el Estado venezolano se sometan a arbitraje ante ese Centro. Indican que los artículos del Convenio exigen para que el Tribunal Arbitral pueda conocer de la disputa, el cumplimiento de una serie de disposiciones expresas y citan al respecto los artículos 25, 26 y 27 *ejusdem*.

Venezuela en casos específicos, ha otorgado su consentimiento para someter las controversias que le conciernen al CIADI, casos éstos que citan pormenorizadamente. Ahora bien, Venezuela ha suscrito además, otros numerosos tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones con una gran cantidad de países del resto del mundo sin señalar el consentimiento aludido. Pareciera que entonces se aplica lo dispuesto en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones N° 356, pero el artículo 22 de esa Ley, no es suficientemente claro. Los recurrentes analizan cuáles son las causas de la ambigüedad y oscuridad del artículo 22 *ejusdem*, llegando a la conclusión de que debe someterse a interpretación la existencia de un consentimiento arbitral o no en dicho artículo 22, por parte del Estado venezolano.

La Sala se pronunció sobre los requisitos de admisibilidad y llegó a la conclusión de que no se apreciaba que los solicitantes estuviesen en una situación particular que los afectara de manera personal y directa, tal como lo exige la jurisprudencia. Concluyó que no

existía en consecuencia un interés en los actores y resultaba forzoso declarar inadmisibile el recurso.

33. El tercer recurso presentado fue uno de **interpretación constitucional**, interpuesto por Luis Britto García, Fermín Toro, Camilo Arcaya y otros, en mayo de 2008 y se refiere al alcance del artículo 1 de la Constitución y a su concordancia con el artículo 151 del mismo Texto.

En este recurso se solicitó la correcta interpretación, es decir el verdadero sentido o significado, de los dispositivos contenidos en los artículos primero (1) y ciento cincuenta y uno (151) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relacionados entre si. Señalan los recurrentes que estos dispositivos, si bien constituyen una unidad normativa indivisible, referida a un mismo y solo contenido sustancial, como es la **inmunidad de jurisdicción del Estado**, lucen en apariencia como versiones contrapuestas y conflictivas de la misma inmunidad soberana del Estado venezolano, una irrenunciable, en todo acto jurídico del Estado, según el artículo 1 de la Constitución, y la otra como inmunidad aparentemente renunciabile o supuesta excepción a la regla general, en el caso de los contratos de interés publico, reglados por el artículo 151 *ejusdem*.

Pretenden los recurrentes que:

“Por todas las razones expuestas solicitamos de la Sala Constitucional que por vía de interpretación constitucional, declare que la aparente excepción a que se contrae la regla general establecida en el artículo 151 de la Constitución es sólo aparente, y no restringe la regla de la irrenunciabilidad de la inmunidad de jurisdicción y legislación del Estado venezolano en materia de contratos de interés público, consagrada como principio rector en el artículo 1 ejusdem. Esto, porque alude a contratos de interés publico que por naturaleza son tratados internacionales y que por la condición de los sujetos que los celebran, Estados o empresas del sector publico estatal con otros Estados u Organizaciones internacionales, son sujetos de Derecho Internacional Publico.

Solicitamos asimismo a la Sala Constitucional que declare que, por consiguiente, las controversias que pudieren surgir entre las partes en razón de tales “contratos internacionales”, que son en realidad tratados internacionales, corresponden de pleno derecho a la jurisdicción de la Comunidad Internacional y a los medios de solución no

jurisdiccionales y jurisdiccionales específicos aplicables a cada caso previstos por el Derecho Internacional Público y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Si por el contrario, la Sala Constitucional considerare que el referido artículo 151 de la Constitución sí consagra una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción y primacía de aplicación de su legislación del Estado venezolano, en virtud de que dicha supuesta excepción estaría en contradicción flagrante con el principio del carácter irrenunciable de la inmunidad de jurisdicción y legislación consagrada en el artículo 1 ejusdem de los Principios Fundamentales, aplicable en forma privativa a todos los actos unilaterales o bilaterales, incluidos los contratos de interés público celebrados por el Estado venezolano, y de que también estaría en contradicción evidente con el principio de igualdad establecido en los artículos 1° y 301 ejusdem; dicha excepción debe reputarse en lo adelante como eliminada del texto constitucional, es decir deberá ser declarada inexistente, ya que ni siquiera otra norma constitucional puede contradecir o invalidar las comprendidas como Principios Fundamentales en el Título I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional, sobre el alcance del artículo 258 de la Constitución de 1999.

34. El cuarto recurso interpuesto, no se refería directamente a la Ley de Inversiones, sino que, estaba constituido por un Recurso de Interpretación Constitucional destinado a obtener de la Sala Constitucional, el alcance del concepto de *arbitraje*, contenido en el único aparte del artículo 258 de la Constitución, en forma tal de que, una vez precisado dicho alcance, la Sala se pronunciara sobre la posibilidad de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones, constituyese o no el consentimiento requerido del Estado para comparecer como demandado en un juicio arbitral.

El Recurso fue interpuesto por Gladys María Gutiérrez Alvarado, en su carácter de Procuradora General de la República, en virtud de poder que la misma otorgara a un equipo jurídico de abogados especialistas²⁵. La naturaleza del recurso interpuesto fue la de un Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional, destinado a obtener de la Sala

²⁵ Los apoderados de la Procuradora General de la República, fueron para el caso del Recurso los que a continuación se señalan: Hildegard Rondón de Sansó, Álvaro Silva Calderón, Beatrice Sansó de Ramírez, Armando Giraud Torres, Álvaro Ledo Nass, Mariel Pérez, Moreeliec Peña, y Gustavo Álvarez, entre otros.

Constitucional “*el alcance del artículo 258 de la Carta Fundamental*” en lo relativo al arbitraje internacional.

Transcribe el libelo el artículo 258 de la Constitución, indicando que el mismo:

“...señala como uno de los objetivos legales, en materia jurisdiccional, la promoción de varias formas de solución alternativa de conflictos, entre ellos, el arbitraje, el cual sin embargo no llega a desarrollar”.

De inmediato, hace el libelo mención expresa del arbitraje internacional reconocido por nuestro sistema jurídico, por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, dictada por Decreto N° 356 de fecha 03 de octubre de 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria 5390, de fecha 22 de octubre de 1999. Transcriben los recurrentes de inmediato el artículo 22 del antes mencionado Decreto, indicando lo siguiente:

“Debemos señalar al respecto que, un artículo de una ley de tanta importancia, como lo es el artículo antes transcrito, que contempla la fórmula del arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos, ha encontrado interpretaciones en la doctrina, que parecieran contrarias a la esencia misma de lo que dicha institución representa. En efecto, la figura comentada se basa esencialmente en el consentimiento de las partes y este consentimiento debe ser dado en forma explícita, escrita, efectiva e incontrovertible, sin prestarse a interpretaciones que planteen dudas o suposiciones sobre si tal manifestación de voluntad ha sido acordada o nó. Esta situación del artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, podría ser objeto de interpretaciones reñidas con nuestro sistema constitucional y, en consecuencia, fuente de controversias ante instancias arbitrales, cuando, en la ausencia de consentimiento expreso, escrito e inequívoco del Estado para acudir al arbitraje en los Tratados, Convenios o Acuerdos concertados por Venezuela, pretenda suplirse dicha falta, con la atribución a dicho texto de un sentido y un alcance inconstitucional. Lo antes señalado es extensible a cualquier norma contenida en ley, tratado u otra fuente que prevea la figura del arbitraje, ya que la simple previsión no basta para configurar la voluntad de la entidad llamada a comparecer como demandada.

Es por ello necesario obtener de esa Sala la recta y vinculante interpretación sobre el alcance de la noción de arbitraje contenida en el artículo 258 de la Constitución, que excluya la posibilidad de que el artículo 22 de la citada Ley de Promoción y Protección de Inversiones sea considerado como una oferta unilateral para el arbitraje. Pretendemos así, que quede en forma muy clara que el citado artículo 22 no supe la falta de una declaración expresa otorgada por escrito por parte de las autoridades venezolanas para someterse al arbitraje internacional, ni la de un acuerdo o tratado que también en forma explícita lo establezca. Igualmente, la interpretación debe aplicarse en ese mismo sentido a

todas las situaciones en que exista la previsión de un arbitraje, ya que ésta no puede equipararse a la voluntad del demandado, que siempre debe ser expresa, bien a través de un tratado o acuerdo, o bien, mediante escrito formal.

Para aclarar todas las dudas antes planteadas y determinar el alcance del arbitraje y, en especial, del que se ejerce en la esfera internacional, estimamos necesario exponer lo relativo a la naturaleza jurídica de dicha figura inclusiva”.

35. A continuación en el escrito se analiza la naturaleza jurídica del arbitraje, en el siguiente sentido:

“Las notas que nos permitimos presentar ante esa ilustre Sala en el texto que sigue a continuación, están destinadas a hacer el señalamiento de las condiciones necesarias para que se produzca la voluntad arbitral, esto es, la exigencia relativa a la autonomía de la voluntad, idónea para que las partes en conflicto, acepten la decisión de un organismo alternativo de justicia. Es decir, que no se trata de un análisis general del arbitraje internacional, sino de los aspectos relativos al mismo que inciden sobre la formación de la voluntad, presentes en el artículo 22 de la Ley de Inversiones, y que, en el caso del Estado, está sometida a determinadas exigencias formales para que pueda ser reconocida como auténtica y real.

El arbitraje es una figura procesal, destinada a la composición de conflictos, que tiene la ventaja de aliviar el sistema judicial estatal, ya que reduce numéricamente las causas que han de ser decididas por el Poder Judicial formal. Es esta fundamentalmente la razón por la cual la Constitución se inclina a favorecerlo y nó por negación de la idoneidad del sistema estatal de administración de justicia.

Conjuntamente con el arbitraje se pueden mencionar la conciliación, la transacción, la mediación, y otras figuras en las cuales la voluntad de las partes puede lograr un arreglo directo o amistoso de las diferencias entre ellas. Lo anterior es admitido por nuestro sistema jurídico, pero dentro de un campo de acción sometido a la ley.

*Característica esencial del arbitraje, es la de constituir un medio para resolver conflictos, en donde la voluntad, el consentimiento, el acuerdo entre partes es el elemento fundamental. Puede decirse que **sin consentimiento no hay arbitraje**. Esta autonomía de la voluntad, que es esencial del arbitraje, está sin embargo, limitada por la materia en discusión y por el interés público.*

Tal como lo señala Francesco Carnelutti (“Instituciones del Proceso Civil”): “Los árbitros son personas a quienes las partes encomiendan de común acuerdo la composición de una litis de pretensión discutida”. De allí que, el proceso ante árbitros es un equivalente del proceso contencioso de cognición; por lo cual, a los mismos se le niegan las restantes funciones procesales, tales como la ejecutiva, la cautelar o la voluntaria.

En virtud del carácter esencialísimo que tiene en el arbitraje la voluntad de las partes, la ley establece modalidades específicas para que tal manifestación se revele, lo cual debe ser estrictamente aplicado en el caso del Estado cuya manifestación de voluntad está sometida a especiales formalidades.

Debemos recordar que, el arbitraje, por ser considerado como una subrogación parcial de la jurisdicción del Estado, tiene un campo limitado de acción, y por ello, es necesario mantenerlo dentro de su debido concepto y cumpliendo su cabal función, sin que su figura se deforme ni su aplicación se convierta en un mecanismo que interfiera, o pretenda desvirtuar, o eludir en forma general, la administración de justicia estatal, en desmedro del interés social.

Debemos insistir en que 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 que tienen los tribunales arbitrales, es la de que no pueden tomar el lugar de tribunales supranacionales, lo cual deriva de lo precedentemente expuesto, e igualmente, de los condicionamientos que la soberanía de las naciones impone.

No está lejos de la verdad considerar al arbitraje como un mecanismo amistoso, que requiere del acercamiento de las partes y exige una actuación de buena fe en todo momento. Sus ventajas para los contendientes son recíprocas, tales como la especialidad que los árbitros deben poseer en las materias de la contienda sobre la cual han de decidir; la economía de tiempo; la reducción de formalismos procesales; el ahorro de gastos y para algunos también, el descongestionamiento de la administración de justicia que su presencia implica para el Estado, a lo cual su utilización contribuye.

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

*Como se señalara precedentemente, pero resulta necesario insistir en ello, el arbitraje asume solo la fase **cognoscitiva y declarativa** del proceso. 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 al arbitraje las medidas 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 bienes por embargo o secuestro, o la congelación o prohibición de enajenar bienes.*

Por eso también deben ser negados 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 mandatoria inmediata, que es de la competencia exclusiva del Estado.

El arbitraje, por tener un elemento de voluntariedad de las partes, que lo acerca estrictamente a un mecanismo amistoso, excluye toda idea de ejecución anticipada al acto cognoscitivo o declarativo de derechos. Asimismo, al estar caracterizado por la buena fe, ello implica la negativa de cualquier tipo de medidas, que puedan contener, un elemento previo de fuerza, tendente a doblegar al afectado para la búsqueda de un arreglo bajo presión, totalmente contrario al espíritu que es la esencia de la institución arbitral.

36. El hecho de que en el 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. Admitir esta conducción forzosa al arbitraje, corroe los mecanismos y propósitos del mismo, que no son otros que: la pacífica admisión de jueces distintos a los naturales y, la búsqueda del cumplimiento voluntario de su imparcial decisión. Si una parte es forzada o no va voluntariamente al arbitraje, desconfiará de la decisión que se produzca y su resistencia a la ejecución será conducta consecencial de ello; con un resultado que es contrario a la naturaleza y objetivos perseguidos por dicha figura jurídica.

Señalado lo anterior, 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 deducciones, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades.

Ahora bien, la antes mencionada Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, que prevé en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje internacional, lo define como uno de los medios para resolver conflictos entre el inversionista extranjero y el Estado. Si bien la citada ley es un instrumento escrito, la simple previsión en la misma de la figura del arbitraje no conforma una manifestación expresa de consentimiento del Estado para someter a arbitraje sus controversias con inversionistas extranjeros.

37. Al efecto, pasamos a transcribir nuevamente el artículo 22 antes aludido, a los fines de tenerlo presente en la interpretación adecuada del artículo 258 constitucional, por cuanto es necesario puntualizar una serie de conceptos que del mismo derivan.

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 Garantías 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´.

El artículo antes transcrito, no puede ser interpretado, en el sentido de que contenga un consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje, tal como se pondrá en evidencia a continuación:

*La inflexión verbal imperativa “SERAN”, 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, la conciliación, o, como claramente lo dice el propio artículo, “las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”. De adoptarse la forma imperativa que hemos rechazado, quedaría borrada la última parte transcrita del mencionado artículo. En consecuencia, sólo le queda al intérprete, adoptar la forma potencial de “podrán ser”, ya que otros medios de solución de conflictos, distintos del arbitraje, también “podrán ser” aplicados en los supuestos de hecho previstos en la norma objeto de nuestro examen.*

Por otra parte, el citado artículo 22 de la Ley de Inversiones, no acoge en forma general el arbitraje, es decir para todo tipo de conflicto entre inversionistas extranjeros y el Estado, sino solo en aquellos casos en los cuales exista un tratado bilateral o multilateral que lo establezca, y otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

De lo anterior se desprende claramente 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 podría sin embargo prescindirse del consentimiento expreso e inequívoco de las Partes.

Los propios términos del artículo destruyen la pretensión de que él contenga una aceptación general anticipada de arbitraje. Se puede afirmar, tajantemente que no la contiene. En efecto, en los casos específicos señalados donde se admite la posibilidad de arbitraje, si no hay ninguna manifestación expresa de consentimiento, éste no se puede presuponer o inferir.

38. *Para una decisión tan importante como es la de apartarse de la jurisdicción normal del Estado, no puede haber dudas, ni puede buscarse el fundamento o apoyo de la misma, en interpretaciones, ambigüedades, ni suposiciones. La lógica impone concluir que si las leyes y los tratados no admiten la forma oral, ni aún la expresa, para manifestar el consentimiento arbitral, mucho menos pueden aceptarse formas deducidas o inferidas para esa manifestación.*

No es en la duda que algunos manifiestan, sobre la imparcialidad de los tribunales nacionales para resolver los conflictos entre inversionistas extranjeros y los Estados, que se puede fundamentar el abandono de la jurisdicción nacional. Este criterio fue muy acertadamente acogido en el pronunciamiento que hiciera el Juez Paul Walker, de la Corte Real de Justicia de la División Comercial de Inglaterra y Gales que revocara la “freezing o Mareva Injunction” dictada contra Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), en su sentencia del 18 de marzo del presente año. Si algún recelo sobre la capacidad de los tribunales naturales pudiera subyacer para la búsqueda del arbitraje internacional, es bueno recordar que en los Estados se vienen acrecentando las críticas a la eficiencia e imparcialidad de los arbitrajes internacionales para resolver los conflictos donde ellos estén involucrados. La sola escogencia de los árbitros es ya un problema complicado y la aplicación de criterios privatistas o mercantiles, con frecuencia reñidos con las actuaciones del Estado reguladas por el Derecho Público, pueden llevar a asumir decisiones inadecuadas. Ha habido una tendencia en materia de arbitraje de presentar al Estado como la parte fuerte y rica que debe compensar o indemnizar al inversionista débil, que busca las leyes o los tratados como forma de protección, lo que ya implica un problema de desigualdad procesal, que no tiene fundamento y no ayuda a la obtención de decisiones justas. La imagen evocada, es en muchos casos, contraria a la realidad, en la cual se trata de países que tienen una cultura (lenguaje, derecho, jurisprudencia) y una legislación, completamente ajenas al lugar donde se ventilan los arbitrajes, frente a empresas poderosas que se mueven con soltura en tales territorios, que no son otros que los de su nacionalidad o domicilio.

De todas las consideraciones que anteceden emerge la urgente necesidad de que se precise la correcta interpretación del artículo 258 de la Constitución, en concordancia con el artículo 22 de la Ley de Inversiones, por lo que atañe a los requisitos que se exijan a la conformación de la voluntad del sometimiento al arbitraje, siendo este último artículo el que desarrolla la norma reguladora del arbitraje en materia de inversiones cuando hay tratados o acuerdos. Asimismo la interpretación del sentido del artículo 258 constitucional sobre la necesidad absoluta de la existencia de la voluntad explícita del demandado en el arbitraje, debe ser expresado en el fallo de esa Sala”.

39. Se analizan en el libelo las razones que determinan la competencia de la Sala Constitucional para conocer del Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional y, se pasa de inmediato a examinar los requisitos de admisibilidad que son, al efecto:

“1.- Legitimación para recurrir:

*Ante todo, es evidente que, nuestra mandante la **PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, actuando por instrucciones expresas del **MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA ENERGÍA Y PETROLEO**, tal como lo establece el artículo 76 numeral 16 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y de conformidad con las competencias que le han sido asignadas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*

Orgánica de la Procuraduría General de la República, para tutelar y defender los derechos e intereses patrimoniales de la República, ostenta un interés legítimo y actual en la interpretación solicitada, toda vez que, la República ha sido el epicentro del ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual constituye un hecho notorio comunicacional, por cuanto está reflejado en todos los medios audio- televisivos e impresos, a nivel nacional e internacional.

*De esta manera, queda claro que el interés que ostenta, es un **interés actual**, como lo exige la jurisprudencia de esa Sala como requisito de admisibilidad del Recurso Autónomo De Interpretación Constitucional. El interés actual, al efecto, tal como lo señala la sentencia de esa Sala de fecha 22-2-2000, (caso Servio Tulio León Briceño) es un interés jurídico que persigue se fije el contenido o alcance del texto constitucional. Esta situación está destinada a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional.*

*En efecto, como certeramente lo ha señalado esa Sala, el interés actual que se requiere para un recurso de interpretación es análogo al **interés legítimo**, noción ampliamente desarrollada en el campo del contencioso-administrativo en el cual, el mismo alude a la especial situación de hecho en la que se encuentra un sujeto frente a un acto que viola el ordenamiento jurídico (norma de acción). **Mutatis mutandi**, en el Recurso Autónomo De Interpretación Constitucional, el interés legítimo deriva de la particular situación de hecho en que se encuentra un sujeto ante una norma constitucional, con respecto a la cual, la extensión y el significado que se le otorguen, pueden incidir sobre su esfera subjetiva.*

Cuando se es titular de un simple interés frente a una norma general, la acción que se ejerza (acción popular) no persigue la tutela de un derecho propio. Cuando se es titular de un interés legítimo, el recurrente contra un acto general, es también tutor del ordenamiento jurídico, como es el caso de la acción popular; pero además, está ubicado en una particular situación de hecho frente a la norma, que implica que el destino de la misma incidirá sobre su propia esfera. Esta incidencia no es directa sino indirecta. En efecto, el interés legítimo que se hace valer frente a la norma no será satisfecho en forma expresa con la sentencia que declare su nulidad o que, como es el caso del recurso de interpretación, determine su alcance; pero sí quedará afectada tal situación indirectamente por el fallo estimatorio en múltiples formas. La variedad de efectos indirectos que el fallo estimatorio puede producir sobre el recurrente dotado de un interés legítimo, variarán de acuerdo con las situaciones en que se encuentre involucrado. En cualquier hipótesis, la sentencia estimatoria, en su efecto indirecto sobre el recurrente, podrá por ejemplo, habilitarlo para el ejercicio de un recurso, obviar la existencia de requisitos; eliminar impedimentos, o bien, establecer excepciones o ampliaciones de su esfera originaria. Específicamente en el caso de la sentencia de interpretación de la naturaleza de la que pretendo de esa Sala, está destinada a dar seguridad jurídica sobre una norma de la cual dependerían importantes actuaciones en el campo jurisdiccional, sobre materias de mi competencia.

Tal como le señaláramos precedentemente, el interés de la PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA es actual y presente, por cuanto el llamamiento de

Venezuela a los órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por las 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.

Igualmente, debemos indicar que, ante la eventual modificación, anulación o supresión de la normativa legal que rige las inversiones (Ley de Inversiones), también se mantendría el interés y necesidad de la interpretación constitucional solicitada, toda vez que los Acuerdos, Contratos y Tratados ya perfeccionados, continuarían rigiéndose por la referida normativa, aún si es modificada, anulada o suprimida. Además, como se ha señalado desde el principio, el ámbito de la presente consulta se extiende a todas las situaciones en las cuales exista un llamamiento a arbitraje de nuestro país, por cuanto tal llamamiento no puede obtener sus fines sin que exista la expresa manifestación de voluntad del mismo de someterse a dicha forma de solución de conflictos. En consecuencia, el efecto de la decisión, trasciende una norma expresa de Ley, aún cuando la misma haya sido colocada como un ejemplo paradigmático de la situación planteada; y es aplicable en general, a cualquier llamamiento, demanda, notificación o conminación que tenga por objeto someter a arbitraje al Estado venezolano.

2.- “Novedad del objeto de la acción”:

Otro de los requisitos de admisibilidad es la necesidad de que la acción sea novedosa, señalando la Sala que, la calificación está sometida a su exclusivo criterio de apreciación de las circunstancias planteadas en cada recurso.

3.- “Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite”:

En el caso presente, la acuciosa revisión de la jurisprudencia de esa Sala, no revela que exista precedente relativo a la materia **en el mismo sentido** que ha sido planteado en el presente recurso, esto es, en lo relativo al alcance de la noción de arbitraje prevista en el artículo 258 de la Constitución, específicamente por lo que atañe a los requisitos que ha de revestir la manifestación de voluntad del Estado venezolano para ser sometido al arbitraje internacional.

4.- “Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles”

En el presente caso se trata de una sola acción que tiene un único objeto, por lo cual mal pueden estar previstos diferentes procedimientos para el conocimiento y decisión de la misma.

5.- *Igualmente, se exigen como requisitos de admisibilidad cuatro condiciones comunes a la mayoría de las acciones y recursos como lo son: el acompañamiento de los documentos indispensables para verificar la admisibilidad de la acción; la ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos; la inteligibilidad del escrito; y, la demostración de la debida representación que el actor ostente”.*

40. En el Capítulo IV del libelo, se señala que es un supuesto de procedencia establecido en la sentencia que consagrara el Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional (sentencia de fecha 22-09-2000, recaída en el caso Servio Tulio León Briceño), que, para que un fallo posea la facultad de que su interpretación sea vinculante, es menester que:

“La existencia de normas constitucionales cuyo contenido genérico y su escueta redacción, exigen para su más precisa aplicación, una interpretación por parte de esta Sala, congruente con la Constitución y sus principios”.

Es este el caso presente, en el cual, la simple previsión del arbitraje aludido en el artículo 258 ejusdem, como medio alternativo para la resolución de conflictos, no explica cómo se conforma el elemento sustancial de la autonomía de la voluntad cuando el emplazamiento está dirigido al Estado venezolano”.

41. Las pretensiones deducidas en el Recurso fueron la exigencia de que la Sala declare lo siguiente:

1.- *Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye ni 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 una actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales no 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, formalmente facultada como lo está para hacerlo por el encabezamiento del artículo 335 de la Constitución, 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 una declaración expresa otorgada por escrito por parte de las autoridades venezolanas para someterse al arbitraje internacional, ni tampoco de la que deba otorgarse explícitamente”.*

VII. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

42. La sentencia de la Sala Constitucional, después de un largo análisis de los conceptos de arbitraje internacional, con un extenso señalamiento de la doctrina existente al efecto, y la cita de numerosos laudos arbitrales de los tribunales del CIADI, concluyó declarando **CON LUGAR** el recurso.

A continuación, se transcribe parcialmente el fallo, en la parte motiva que alude o se refiere concretamente al objeto de la controversia:

*“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 contraríe 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.”

Ante la evidencia del pronunciamiento parcialmente transcrito, los abogados de las transnacionales petroleras, han llegado incluso a cuestionar la existencia misma del recurso de interpretación constitucional, señalando que fue creado por dicha Sala sin ningún fundamento constitucional o legal, por lo que mal podría dársele valor a una sentencia sobre un recurso de dicha índole. Con relación a este señalamiento, es de hacer notar que el recurso autónomo de interpretación constitucional, no es otra cosa que la consecuencia del carácter de intérprete último y único de la Constitución que la misma le otorga a la Sala Constitucional, siendo así y, existiendo entre las normas de la propia Constitución aparentes contradicciones que podrían crear conflictos; o bien ante el carácter lacónico de la norma constitucional que debe ser aplicada pero al mismo tiempo entendida en todo su alcance, es lógico que, la Sala Constitucional pueda a través de un recurso autónomo señalar cuál es el alcance que posee una norma de la Constitución cuando la misma está referida a un caso específico. Este último acotamiento obedece al hecho de que la Sala exige en el recurso autónomo de interpretación constitucional que se señale un supuesto planteado con relación a la interpretación pretendida, a pesar de que, al mismo tiempo impide que no considere admisible el recurso cuando esté pendiente un juicio que dependa de la decisión que ha sido planteada. En el caso de la sentencia de la Sala Constitucional, se le pidió a la misma que señalara el alcance de la norma del artículo 258 de la Constitución, que establece en el único aparte que: *“la Ley promoverá el arbitraje, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*.

Era menester entonces que, la Sala ante una ley (Ley de Inversiones –artículo 22-), que remitía al arbitraje internacional las controversias que pudiesen plantearse en materia de inversiones, con países que tuviesen suscritos acuerdos de tal índole con Venezuela,

exigía de una determinación de su contexto y alcance. En efecto, algunos intérpretes del artículo 22 de la Ley de Inversiones, le atribuían el sentido de un consentimiento tácito, en razón de lo cual era menester que la Sala Constitucional dijese si esta figura podía darse espontáneamente en el derecho venezolano; o si por el contrario, el arbitraje al cual alude la Constitución, es el arbitramento tradicional que está delineado en el Código de Procedimiento Civil; que parece con modalidades muy específicas en la Ley de Arbitraje Comercial, y que, de pronto trata de convertirse en el caso de los Acuerdos de Inversión, en el medio para dilucidar las controversias derivados de tales Acuerdos. Era necesario que el máximo organismo de interpretación constitucional nos dijera que es el arbitraje en los momentos actuales, qué modalidades tiene el arbitraje internacional de inversión, y cómo pueden interpretarse las normas reguladoras de esta nueva figura a la luz del texto Constitucional. No hay incompetencia alguna en el pronunciamiento sobre la materia que le fuera planteada a la Sala Constitucional.

El artículo 258 es un artículo que se ha colado indudablemente dentro del texto de la Constitución, por cuanto el aparte que es el que nos interesa, innova completamente en la esfera de la normativa que el Capítulo desarrolla. En efecto, está ubicado en el Título relativo al Poder Público en el Capítulo referente al Poder Judicial, y aparece en las Disposiciones Generales. Estas últimas, se pronuncian sobre la potestad jurisdiccional; sobre la estructura del sistema de justicia; sobre las potestades del Poder Judicial y del tribunal Supremo de Justicia; sobre el ingreso y permanencia en la carrera judicial; sobre el proceso como instrumento de la justicia. De pronto aparece el artículo 258 alusivo a la justicia de paz y a la forma como debe constituirse, y sin solución de continuidad hay un aparte en el cual aparece la norma objeto del recurso de interpretación constitucional, que se refiere a la reserva legal de la materia relacionada al arbitraje, a la conciliación, a la mediación y a los otros medios alternativos para la solución de conflictos. Era menester en consecuencia, una sentencia del Tribunal de naturaleza interpretativa, que revelara el alcance de estas figuras, y específicamente del arbitraje, considerada como un medio alternativo para la solución de conflictos, y que, una vez determinado este alcance hiciera la confrontación de los conceptos emitidos con la previsión contenida en la Ley de Inversiones del arbitraje ante el CIADI, o con cualquier otro organismo previsto en un

Tratado y cuyo contenido fuese el régimen de inversiones extranjeras en Venezuela. De allí que, la Sala Constitucional tenía que hacer un pronunciamiento con respecto a la situación planteada.