

***LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LOS ARBITRAJES
INTERNACIONALES DE INVERSIÓN.***

Caracas, julio de 2009.

Hildegard Rondón de Sansó

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

1.- El uso de los términos “arbitraje internacional de inversión” y “tratados bilaterales de inversión”. 2.- A la búsqueda de los orígenes de los regímenes relativos a la inversión. 3.- Primera etapa: de la regulación internacional de la inversión. 4.- Posiciones relativas al llamado Derecho Internacional Consuetudinario, ante la inversión extranjera. 5.- Primer intento de crear un marco multilateral de protección de inversión. 6.- El GATT 7.- Principios fundamentales que rigieron al GATT. 8.- Posibilidad de establecer acuerdos de comercio regionales. 9.- Organismos del GATT. 10.- Las rondas o ruedas arancelarias del GATT 11.- La Ronda Uruguay del GATT. 12.- La tendencia a la creación de organismos regionales. 13.- Acuerdos plurilaterales y acuerdos bilaterales. 14.- Características de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) 15.- Modelo básico de TBI. 16.- El arbitraje internacional y los Tratados Bilaterales de Inversión. 17.- Creación del CIADI. 18.- El caso Barcelona Traction. 19.- Surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones. 20.- Diferentes tipos de acuerdos de inversión. 21.- Segunda Etapa de la regulación internacional de la inversión. 22.- Aumento en número y complejidad de los AII. 23.- Principales características de los Acuerdos Internacionales de Inversión. 24.- Concepto de Arbitraje Internacional. 25.- La inversión extranjera es el objeto protegido en los TBI.

II.- LOS TEMAS PRESENTES EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

PRIMER TEMA: SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS INVERSIONISTAS

26.- Las empresas multinacionales. 27.- El “treaty shopping”. 28.- La llamada “Planificación corporativa legítima”. 29.- Caso Autopistas contra la República Bolivariana de Venezuela. 30.- Caso Tokio Tokeles contra

Ucrania. N31.- Caso Aguas del Tunari contra la República de Bolivia (21-10-2005). 32.- Caso Phoenix contra República Checa. 33.- Las vías para controlar a las sociedades simuladas. 34.- Levantamiento del velo corporativo. 35.- Posibilidad de que la figura sea regulada por la Ley de Inversiones.

SEGUNDO TEMA: LAS LLAMADAS MEDIDAS DISCRIMINATORIAS.

36.- Concepto-definición. 37.- Actos discriminatorios en el Convenio de Asociación Petrozuata. 38.- Actos discriminatorios en el Convenio de Asociación Hamaca. 39.- Graduación de los Actos Discriminatorios. 40.- Nacionalización como transferencia coactiva. 41.- Nacionalización como reserva al Estado de bienes, actividades o empresas. 42.- Concepto de nacionalización. 43.- Un paseo sobre la historia de las nacionalizaciones. 44.- Las reglas sobre nacionalización en la Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. 45.- Confiscación. 46.- La llamada “expropiación indirecta”. 47.- Confusión conceptual entre Nacionalización y Expropiación. 48.- Modificaciones sustanciales sufridas por el derecho de propiedad en el tiempo. 49.- El derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico. 50.- Primera interpretación. 51.- Segunda interpretación. 52.- Tesis sincrética. 53.- Facultades que confiere el derecho de propiedad: derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. 54.- Sumisión de la propiedad a las contribuciones; restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general y a la expropiación. 55.- Clasificación de las limitaciones a la propiedad según su carácter indemnizatorio. 56.- Las contribuciones. 57.- Las restricciones. 58.- Las obligaciones. 59.- ¿Quién establece las limitaciones a la propiedad? 60.- La reserva legal y la potestad normativa de los entes territoriales menores.

TERCER TEMA: EXPROPIACIÓN PROPIAMENTE DICHA Y EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

61.- Tratados de Promoción y Protección de Inversiones que contemplan diferencias entre expropiación propiamente dicha y medidas expropiatorias. 62.- Intento de equiparación de las “medidas expropiatorias” a la expropiación verdadera y propia. 63.- Intento de clasificación de las llamadas expropiaciones indirectas. 64.- Expropiaciones atípicas. 65.- Medida expropiatoria indirecta y potestad regulatoria del Estado. 66.- Criterios utilizados para identificar la expropiación indirecta. 67.- La nacionalización interpretada como expropiación, como confiscación o como requisición.

CUARTO TEMA: LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS DE SOBERANÍA DE NATURALEZA GENERAL MODIFICATORIOS DE LA SITUACIÓN DE LOS INVERSIONISTAS BENEFICIARIOS.

68.- Efectos de las normas generales sobre los acuerdos preexistentes. 69.- La retroactividad. 70.- El orden público. 71.- Primacía del orden público. 72.- “La reserva es materia de orden público”. 73.- “Ratio” del orden público. 74.- El orden público como límite a la irretroactividad de las leyes.

III.-BUSQUEDA DE UN SISTEMA SUSTITUTIVO DEL ARBITRAJE DE INVERSION ACTUALMENTE EXISTENTE.

75.- Inconvenientes del arbitraje de inversión. 76.- Cuestionamiento del CIADI y de otros centros de arbitraje. 77.- Eventuales reformas del CIADI. 78.- Propuestas sustitutivas del arbitraje internacional. 79.- Creación de un tribunal supranacional. 80.- Creación de un Centro Regional de Arbitraje. 81.-

Creación de varios tribunales regionales. 82.- Conclusiones. 83.- Condiciones de los jueces.

**IV.- ALGUNOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN,
PARTICULARMENTE SIGNIFICATIVOS PARA VENEZUELA.**

75.- Acuerdo sobre Incentivos para las inversiones entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de los Estados Unidos de América. 76.- Convenio entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos. 77.- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Lituania para la Promoción y Protección de Inversiones. 78.- Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 79.- Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección de Inversiones. 80.- Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán.

I INTRODUCCIÓN

1.- El uso de los términos “arbitraje internacional de inversión” y “tratados bilaterales de inversión”.

Han surgido una serie de términos y expresiones nuevas, como lo son las mencionadas en el epígrafe, que se utilizan en la creencia de quienes los emplean, de que las mismas tienen el erróneo sentido que les atribuyen, por lo cual su adopción, efectuada en tal forma, desconoce el verdadero valor semántico que los mismos poseen. En efecto, esos términos y expresiones encierran una *clave* que es necesario utilizar para poder penetrar en su real significado. Esta clave está constituida por el conocimiento del contexto histórico en el cual tales términos y expresiones se formaron. Ejemplo de la situación expresada se encuentra en las palabras “*Arbitraje internacional*”, “*Tratados y Convenios de Inversión*” y “*Tratados Bilaterales de Inversión*” que son denominaciones ampliamente utilizadas.

2.- A la búsqueda de los orígenes de los regímenes relativos a la inversión.

Vamos en consecuencia a buscar los orígenes a los cuales hemos aludido, cuyo elemento común es la noción de *inversión extranjera*, que no se remonta a un tiempo lejano, sino que aparece y se divulga en los últimos 50 años.

Según un informe de UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)¹ este período presenta dos diferentes etapas muy claramente definidas: **La primera** se inicia al término de la Segunda Guerra Mundial y llega hasta finales de los años 80, cuando la antigua Unión Soviética desaparece y se pone en acto un movimiento global de liberalización económica. **La segunda** arranca del hecho antes aludido y llega hasta nuestros tiempos.

3.- Primera etapa: de la regulación internacional de la inversión.

Por lo que atañe a la **primera etapa**, de la regulación internacional de la inversión, la misma puede ubicarse entre los años 1945 a 1989, cuando existían desacuerdos sobre el grado de protección que ofrecía el *Derecho Internacional Consuetudinario* a la inversión extranjera, en los casos en que el Estado receptor mantuviese una actitud hostil frente a ella. Los países en desarrollo, ante el temor de ser dominados económica y tecnológicamente por potencias extranjeras, decretaron procesos de nacionalización, cerraron sus economías al capital privado y adoptaron políticas de sustitución de importaciones.

4.- Posiciones relativas al Derecho Internacional Consuetudinario, ante la inversión extranjera.

Los países en desarrollo y los países socialistas negaban que el Derecho Internacional Consuetudinario estableciera unas normas internacionales

¹ El estudio aludido en el texto se denomina “Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Caminos a seguir”. Naciones Unidas New York y Ginebra, 2008. Colección de publicaciones de la UNCTAD

mínimas que regularan el trato que debía recibir la inversión extranjera y que ésta solo tenía los mismos derechos que el gobierno receptor reservaba a sus propios ciudadanos. Por el contrario, los países desarrollados de Europa Occidental y de América del Norte, consideraban que el Derecho Internacional Consuetudinario poseía unas normas internacionales mínimas en beneficio de los inversionistas extranjeros, las cuales incluían: el pago del valor justo de mercado en caso de expropiaciones y el otorgamiento de las indemnizaciones en forma *rápida, adecuada y efectiva*.

5.- Primer intento de crear un marco multilateral de protección de inversión.

El primer intento de establecer un marco multilateral de protección de la inversión se produjo durante la negociación del proyecto de la Carta de La Habana en 1948, que debía dar origen a la Organización Internacional del Comercio. Aunque la Carta hiciera sobre todo referencia a cuestiones comerciales, los Estados Unidos propusieron que se incluyera una cláusula que ofreciera a la inversión extranjera algún tipo de protección. La cláusula no fue aceptada y la Carta perdió el apoyo del país proponente de la inclusión y, finalmente, no fue aprobada, pero gran parte de su contenido fue incorporado al llamado GATT, es decir, al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio².

² El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT del 47), fue suscrito por Venezuela mediante "Acuerdo de la Comisión Delegada del Congreso de la República que autoriza al Ejecutivo para que proceda a ejecutar provisionalmente al Protocolo de Adhesión de Venezuela al Acuerdo General de Aranceles Aduanero y Comercio (GATT) hasta tanto se cumpla el proceso de formación de la respectiva Ley Formal Aprobatoria de dicho Protocolo", publicada en la Gaceta Oficial N° 4.829 Extraordinaria, del 29 de diciembre de 1994.

6.- El GATT

Una vez mencionada la figura, es necesario que nos detengamos un momento en la exposición del papel que desempeñara antes de la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El GATT Acuerdo sobre Tarifas Aduaneras y el Comercio, se suscribió el 30 de octubre de 1947 y entró en vigencia el 1 de enero de 1948. Tuvo como antecedente, como se señalara precedentemente, a la Carta de La Habana de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Capítulo IV relativo a la política comercial.

El texto definitivo de la Carta de La Habana, adoptado el 24 de marzo de 1948, preveía la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC) que debería ser una institución especializada de la ONU, la cual no llegó a operar, constituyéndose el GATT en el único instrumento multilateral que definía las reglas aceptadas por los Estados que controlaban la mayor parte del comercio internacional.

El Gatt, que entró en vigencia en enero de 1948, trató de aplicar a los Estados signatarios o Partes Contratantes un *Código de Buena Conducta* neoliberal y multilateral relativo a las relaciones comerciales interestatales. Su objetivo era acelerar el proceso de liberalización del comercio.

Constituyó así el Acuerdo General, el régimen de las normas comerciales aceptadas por las naciones que conforman el eje del comercio internacional. Llegó a tener 94 miembros formales y a operar en más de 30 países dispuestos a aplicar *de facto* sus reglas.

Desde su entrada en vigor, el GATT, se fue adaptando a los grandes cambios que experimentó la economía mundial.

7.- Principios fundamentales que rigieron al GATT.

Los principios fundamentales que rigieron este largo y complejo acuerdo, fueron los siguientes:

.- Ausencia de discriminación en el ámbito del comercio. Este principio se expresa en el otorgamiento mutuo de cada uno de los Estados contratantes de la *cláusula de la nación más favorecida*, lo cual los obliga a conceder a otros, ventajas comerciales especiales y, no hacer discriminaciones en su contra, ya que están en un plano de igualdad y pueden beneficiarse de cualquier reducción que se haga a los obstáculos al comercio. El principio admite excepciones pero en forma muy restringida, tales como las que derivan de los acuerdos regionales.

.- Protección mediante el arancel aduanero. Este principio es aquel en virtud del cual la protección de las industrias nacionales debe efectuarse mediante el arancel aduanero y no con otro tipo de medidas comerciales. El objeto de la normativa fue esencialmente el de lograr que se conociera el grado de protección que el Estado otorga a las empresas nacionales.

.- Consolidación mediante negociación entre las partes contratantes de los derechos aduaneros. El principio radicaba en que los derechos aduaneros para cada país, deben figurar en unas listas arancelarias que forman parte del

Acuerdo General. Se trataba de impedir con ello la elevación sorpresiva de tales impuestos.

.- Solución pacífica para los conflictos. La celebración de consultas y el proceso de conciliación, son las vías previstas por el Acuerdo para resolver las diferencias entre los países integrantes de la asociación.

.- El principio de excepción y de la posible adopción de medidas de urgencia. Existían procedimientos de excepción que facultaban a los países que se veían afectados por circunstancias sobrevenidas, para pedir que se les eximiese del cumplimiento de una obligación determinada impuesta por el Acuerdo General. Había también disposiciones liberatorias que permitían la adopción de medidas urgentes.

.- El principio de prohibición general de las restricciones cuantitativas. Tal postulado llegó a tener una importancia secundaria, a diferencia de lo que sucedió en los orígenes del Acuerdo, en momentos en los cuales las restricciones aludidas constituían el mayor obstáculo para el comercio internacional. La regla establecida tenía excepciones, constituidas por las dificultades en la balanza de pagos, supuesto que admite las restricciones, las cuales, sin embargo, solo podían ser aplicadas en la medida en que estuviesen dirigidas a este fin y habían de ser reducidas progresivamente cuando dejasen de ser necesarias. Los países que aplicaban tales restricciones a las importaciones por el motivo indicado, estaban obligados a celebrar consultas regulares y frecuentes con el GATT, cuyo Consejo debía hacer las recomendaciones tendentes a la superación de la crisis. Debe señalarse que

todo lo relativo a divisas, reservas monetarias y balanza de pagos, era resuelto a través del Fondo Monetario Internacional.

8.- Posibilidad de establecer acuerdos de comercio regionales.

El Acuerdo General permitía la concertación, en determinadas regiones, de acuerdos de comercio, en los cuales los países que los integraban decidían suprimir o reducir los obstáculos a sus importaciones mutuas. La admisión de esta excepción al principio general del trato de la nación más favorecida, estaba condicionada al hecho de que se garantizase que los acuerdos facilitasen el comercio entre los países interesados, sin poner obstáculos al comercio con el resto del mundo (Art. XXIV). Las agrupaciones comerciales regionales que el acuerdo admitía, podían revestir bien la forma de *unión aduanera*, o de una *zona de libre comercio*; pero, en ciertos casos, era necesario que se eliminasen los obstáculos sobre los intercambios comerciales entre los países del grupo. En una *zona de libre comercio*, cada país miembro mantiene una política comercial y un arancel propio respecto a los países externos de la zona. En una *unión aduanera* se adopta un arancel unificado ante los terceros. Ahora bien, tanto en la zona de libre comercio como en la unión aduanera, los aranceles y las disposiciones que afecten el comercio de los miembros del grupo con los países externos a él no pueden ser más restrictivas que las aplicadas antes de la creación del grupo.

9.- Organismos del GATT.

El régimen del Gatt preveía un Comité de Comercio y el Grupo Consultivo de los 18, así como varios Comités Permanentes encargados de

examinar la situación de los países que aplicaban restricciones comerciales, para proteger su balanza de pagos; las concesiones arancelarias, las prácticas antidumping, las compras del sector público, las subvenciones y las medidas compensatorias, las licencias de importación, el comercio de las aeronaves civiles, etc. Se preveía también el establecimiento de comités especiales para tratar las solicitudes de adhesión al GATT, y el examen de los acuerdos concertados por los miembros. Estos grupos especiales podían establecerse igualmente para actuar como conciliadores entre países que mantuviesen posiciones controversiales. Finalmente, estaba la Secretaría del GATT, presidida por un Director General y cuya sede era Ginebra.

10.- Las rondas o ruedas arancelarias del GATT

Las negociaciones comerciales multilaterales eran efectuadas en las llamadas *rondas o ruedas arancelarias*, entre las cuales se mencionan constantemente, por la importancia de sus planteamientos, la de 1960-61 (Ginebra, Ronda Diyón); la de 1964-67 (Ginebra, Ronda Kennedy); y la de 1973-79 (Ginebra, Ronda Tokio). La Octava Ronda, de gran interés para los países en desarrollo, se inició en Punta del Este, Uruguay, en septiembre de 1986.

En la llamada Ronda Tokio, se acordó favorecer una mayor participación de los países en desarrollo. Se ha dicho que en tal oportunidad se marcó un hito histórico al reconocerse un trato preferencial a tales países, bajo la llamada *Cláusula de Habilitación*. A través de la cláusula citada, los países desarrollados declararon que no esperaban que en la esfera de las negociaciones comerciales, los países en desarrollo aportaran contribuciones

incompatibles con las necesidades de sus finanzas y de su comercio, Estos últimos, a su vez, se comprometieron en que, a medida que sus economías se robustecieran, actuarían más plenamente en el marco de los derechos y obligaciones del Acuerdo General.

11.- La Ronda Uruguay del GATT.

Por iniciativa de los Ministros de Comercio reunidos en Punta del Este, la Ronda Uruguay se inició el 20 de septiembre de 1986. Constituyó el punto de partida del examen de problemas cruciales, ya que planteaba el enfrentamiento de las posiciones de los grandes intereses que jugaban en el mundo económico en virtud de la revolución tecnológica, provocada sobre todo, por el desarrollo de la Informática. En efecto, el cambio tecnológico produjo una nueva división internacional del trabajo entre los países productores de las tecnologías y los que carecían de los medios, no solo para producirlas, sino también para acceder a ellas. El criterio de los países en vías de desarrollo, y particularmente de los latinoamericanos, era que las potencias tecnológicas y en especial, los Estados Unidos, tenían el propósito de configurar un nuevo marco internacional de control del conocimiento que, en definitiva, reduciría, limitaría o condicionaría su acceso al mismo. Estimaban que en la materia de propiedad industrial, se intentaba crear una protección mayor para los propietarios de las tecnologías, por medio de la extensión de la vigencia de las patentes, de la ampliación de la protección a nuevos objetos y de la inclusión en el régimen de la propiedad intelectual de muchas de las áreas que estaban excluidas de sus respectivas legislaciones. Se consideró que los Estados altamente desarrollados trataban de utilizar el mecanismo de solución de controversias del GATT para abrir las posibilidades de imponer sanciones comerciales contra aquellos en los cuales se producían las supuestas

infracciones, modificando así sustancialmente, la tradición jurídica de que la sanción a las empresas infractoras se realiza dentro del territorio en el cual se encuentran domiciliadas.

Uno de los temas fundamentales de la Ronda Uruguay fue el de la inclusión de los *servicios* dentro de la protección que el Acuerdo General establecía, y por cuanto la huidiza noción de “servicio” podía abarcar gran parte de los derechos de propiedad industrial, las decisiones asumidas incidían directamente sobre el futuro desarrollo del sistema de protección de las invenciones y de los signos distintivos.

La llamada *Ronda Uruguay*, concluyó en 1994, y fue aprobada mediante el Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por otra parte, se concertaron una serie de acuerdos que pueden clasificarse en: *multilaterales*, que son los vinculantes para todas las partes; los acuerdos *plurilaterales*, vinculantes sólo para los que se someten voluntariamente a ellos y, en tercer lugar, el Acuerdo *General* sobre Aranceles de Comercio (GATT de 94'), que no es análogo al GATT de 47', el cual estaba destinado a desaparecer como efectivamente sucedió.

12.- La tendencia a la creación de organismos regionales.

A pesar de lo anterior, comenzó a prosperar la negociación de instrumentos regionales o plurilaterales, destinados a países de la misma zona geográfica o con el mismo nivel de desarrollo económico. El más importante de todos los acuerdos de integración fue el que dio lugar a la Comunidad

Económica Europea en 1957, que posteriormente, asumiría la designación de Unión Europea. Asimismo, se concertaron: el Acuerdo sobre la Unidad Económica Árabe en ese mismo año; el Acuerdo de Cartagena de 1969, que creó el Mercado Común Andino y el Acuerdo de 1973 que creó el Mercado Común del Caribe.

13.- Acuerdos plurilaterales y acuerdos bilaterales.

Es decir que *los primeros acuerdos plurilaterales que abordaban cuestiones sobre la inversión, fueron suscritos por países de la misma región y, generalmente con análogo nivel de desarrollo económico.* Si se trataba de dos países de distinta región o con un nivel distinto de desarrollo económico, debían negociar en forma bilateral. Así, los Estados Unidos desde 1945, comenzaron a negociar tratados de amistad, comercio y navegación que, aún cuando se referían principalmente al comercio, incluían diversas disposiciones de protección de la propiedad, la garantía de un trato justo y equitativo y una protección conforme con el Derecho Internacional Consuetudinario, así como una compensación rápida y efectiva en caso de expropiación. Las disposiciones estaban redactadas en forma de proteger la propiedad en general y no las inversiones como tales.

14.- Características de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)

En 1959 Alemania y Pakistán concluyeron el primer *tratado bilateral* dedicado exclusivamente a la protección de la inversión. Alemania siguió negociando otros tratados de esa índole y, algunos países europeos (Bélgica, Dinamarca, etc.) concluyeron sus primeros TBI entre 1960 y 1966.

Al efecto, dada la importancia que ello presenta, estimamos oportuno resaltar de inmediato las características de los TBI que son al efecto las siguientes:

.- Se concluyen solamente entre dos países, no entre los países y los inversionistas;

.- Normalmente, uno de tales países es desarrollado y el otro un país en vías de desarrollo;

.- Los TBI señalan que su objetivo es *la promoción y protección* de la inversión, pero realmente es solo el de la protección, lo cual significa que su tutela es directamente la del inversionista como tal, en desmedro de la función que la inversión produzca.

15.- Modelo básico de TBI.

Entre 1959 y 1969 solo se firmaron 72 TBI, pero en este período se fijó el modelo básico a los cuales se ajustarían todos los que con posterioridad fueron suscritos. Este modelo incluía las siguientes cláusulas:

a) *La garantía del trato nacional y el trato de la nación más favorecida* (NMF).

b) *La exigencia de un trato justo y equitativo conforme con el Derecho Internacional Consuetudinario;*

c) Una garantía de *compensación rápida en caso de expropiación;*

d) Derecho de *libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión;* y,

e) *Disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estado y, entre Estados.*

16.- El arbitraje internacional y los Tratados Bilaterales de Inversión.

El *arbitraje internacional*, una de las fórmulas que, como veremos, es un incentivo para los acuerdos de inversión, es un medio que permite algo que hace 50 años parecía inconcebible: **que el Estado voluntariamente se sometiere a ser demandado en el exterior, por un sujeto privado, lo cual implicaba su sumisión a jueces extranjeros, a un Derecho que le era extraño y, generalmente a un idioma que también lo es.**

Por lo que atañe a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los mismos son los acuerdos que firman los Estados para favorecer una inversión extranjera, es decir, para proteger la “*inversión*” y al “*inversionista*”. Se dice que el beneficio que en virtud de ellos corresponde al Estado, está en que recibirá nuevos inversionistas, por el hecho de haber suscrito un tratado porque el haber aceptado las cláusulas del mismo, implica que está dispuesto a someterse al régimen internacional de inversiones.

17.- Creación del CIADI.

En el año de 1966 fue suscrita bajo los auspicios del Banco Mundial, la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI), que fue establecido mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966, oportunidad en que fue ratificado por 20 países. Como su nombre lo

indica, el convenio establece las condiciones para *que se diluciden las disputas legales de inversiones que se suscitan entre un inversionista extranjero y un Estado anfitrión*. No se trata en consecuencia de disputas entre estados. Ahora bien, la previsión del Convenio es en el sentido de que los Estados puedan intentar acciones contra los inversionistas, aunque tal supuesto no es el que se emplea con mayor frecuencia³. En general, puede considerarse al CIADI como una vía creada para demandar al Estado fuera del ámbito de su jurisdicción ante un organismo arbitral.

Inicialmente, el mecanismo previsto no fue muy utilizado, pero a mitad de la década de los 90, los inversionistas comenzaron a recurrir al mismo en una media de dos casos por año, que fue aumentando paulatinamente.

18.- El caso Barcelona Traction

Los tratados bilaterales de inversión (TBI), que extienden la protección a los inversionistas extranjeros para demandar a los Estados por diferentes supuestos de hecho en forma directa ante un tribunal arbitral internacional, fueron impulsados por una sentencia dictada ante la Corte Internacional de Justicia, conocida como *Barcelona Traction*, decisión ésta del 5 de febrero de 1970.

El caso, objeto del fallo, fue el de una compañía registrada en Canadá, cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos belgas y la cual fue expropiada

³ En efecto, no llegan a diez los casos de Estados que actúan como actores en el procedimiento ante el CIADI, en contra de los inversionistas.

por España. Bélgica otorgó protección diplomática a sus ciudadanos y demandó a España por ante la Corte Internacional de Justicia y la Corte señaló que para el Derecho Internacional, la existencia de las entidades corporativas era cuestión del derecho local, por lo cual, Bélgica no podía proteger a una compañía en una acción en contra de España ante la Corte.

La decisión se basó en la consideración de que bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, una compañía podía reclamar la protección del Estado en el cual estaba registrada; pero no así la protección del Estado del cual los accionistas eran ciudadanos. Canadá había rechazado otorgar su protección diplomática a la empresa, porque estimaba que no era suficiente el registro de la compañía en su territorio, sino que además se hacía necesario que la misma hubiese generado un beneficio económico sustancial o que hubiese tenido algún interés efectivo.

Para evitar decisiones semejantes a *Barcelona Traction*, se incluyeron disposiciones expresas en los tratados bilaterales de inversión (TBI), según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del mismo, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria, e incluso, si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión.

19.- Surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones.

Es así como va a surgir el *Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras* y la consagración del arbitraje que pueden plantear contra los

estados los inversionistas extranjeros, normativa que cuenta con reglas propias, expresamente indicadas en la Convención CIADI o en los tratados bilaterales de inversiones (TBI). Estos principios están desarrollados, tanto en forma jurisprudencial como doctrinariamente y entre ellos se citan los siguientes⁴:

1.- *El arbitraje de inversiones se refiere a disputas legales de inversiones.* Constituye un mecanismo de solución de controversias *legales* relativas a inversiones entre el Estado anfitrión y un inversionista de otra nacionalidad. Lo anterior supone que el arbitraje alude solo a disputas de *naturaleza legal*, esto es, a aquellas que se refieren a las situaciones jurídicas de las partes, derechos e intereses y no se destina a dirimir las de *naturaleza técnica* como lo son las relativas a las dimensiones de una obra, a los materiales utilizados en la misma, etc.

Por otra parte, el arbitraje debe versar estrictamente sobre cuestiones relativas a las *inversiones* y no sobre *temas de comercio*.

Finalmente, la disputa debe ser entre un *Estado y un extranjero*; nunca entre un Estado y sus nacionales.

2.- *El arbitraje de inversiones ante el CIADI está sujeto a condiciones muy concretas.* Así, dicho arbitraje internacional requiere que el Estado-parte y el Estado de la nacionalidad del inversionista sean suscriptores de la

⁴ GARCÍA-BOLÍVAR Omar, “Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de Inversiones”.

Convención de CIADI, y que ambos hayan otorgado su consentimiento para que la disputa pueda resolverse por ante dicho centro.

3.- *El arbitraje de inversión está regulado por una legislación específica.* La resolución de controversias mediante arbitraje en CIADI, requiere que el tribunal arbitral se ciña a lo indicado por la convención CIADI, a lo expresado por las partes con respecto a la normativa aplicable a la controversia. Si la disputa versa sobre una violación de normas de Derecho Internacional, como las que recogen los tratados bilaterales de inversión (TBI), el tribunal aplicará las disposiciones relevantes para el caso; pero es posible que la disputa de inversiones extranjeras verse sobre el incumplimiento de algún contrato entre inversionista y Estado, en cuyo caso, el tribunal habrá de considerar las disposiciones contractuales y las de la legislación a la cual dicho contrato está sujeto.

20.- Diferentes tipos de acuerdos de inversión.

Los diferentes tipos de acuerdos son los siguientes: los Acuerdos Bilaterales de Inversión (ABI); las convenciones relativas a la *doble imposición* (CDI), los acuerdos de *libre cambio* y, los acuerdos de *cooperación económica*.

Este universo crece constantemente y se hace cada vez más complejo, observándose una expansión continua de las convenciones relativas a la doble imposición (CDI), en detrimento de los acuerdos bilaterales de inversión (ABI). Igualmente existe una gran tendencia a la *renegociación* de los

acuerdos bilaterales de inversión. En efecto, casi todos los acuerdos bilaterales de inversión son *renegociables*, ya que los países pueden revisar sus acuerdos a fin de tomar en cuenta los nuevos elementos que surgen en la materia, como es el caso del derecho del país huésped de dictar una reglamentación sobre diversas cuestiones ambientales y sociales.

21.- Segunda Etapa de la regulación internacional de la inversión.

La segunda etapa de la regulación internacional de la inversión se inicia a finales de los años 80 y prosigue hasta nuestros días. Surge de una serie de acontecimientos políticos y económicos que modificaron sustancialmente el clima de las negociaciones. Así: *la crisis de la deuda soberana* de los años 80 hizo que los bancos comerciales no se mostraran dispuestos a conceder crédito a los países en desarrollo y éstos fueron reconociendo que la fuente de más fácil acceso para obtener capital era la inversión extranjera, además de que la misma abría la posibilidad de obtener tecnología, formación, capacitación y acceso a los mercados.

Por otra parte se produjo el *rápido desarrollo de varias economías de Asia Oriental* que aplicaban unas políticas de crecimiento apoyados en la exportación, a diferencia de los estados del África Subsahariana y de América Latina que aplicaban la política de sustitución de importaciones. Los países que formaban la Unión Soviética iniciaron su transición del socialismo a una economía basada en el mercado.

A finales de los años 80 un gran número de países en desarrollo abrieron su economía a la inversión extranjera, lo cual realizaban

generalmente a través de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y, en especial de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

En esa época comienzan a surgir acuerdos multilaterales a favor de las inversiones. El más importante de todos fue el ADPIC, esto es, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. *Estos acuerdos significaron el reconocimiento de la conexión entre el comercio y la inversión* y contenían disposiciones de liberalización de las corrientes inversoras.

En un plazo de pocos años Canadá y Japón añadieron a sus TBI compromisos de liberalización comercial. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN, firmado por Canadá, Estados Unidos y México, se incluye un amplio capítulo dedicado a la inversión que contiene disposiciones sobre régimen comercial.

A finales de los años 80 y principios de los 90 se firmaron nuevos acuerdos de inversión a escala plurilateral.

A partir de la conferencia ministerial de Singapur celebrada en 1996, la Organización Mundial del Comercio inició el análisis de la relación entre comercio e inversión a escala internacional y en la conferencia ministerial de Doha (Qatar), celebrada por la OMC en 2001 se acordó que se entablarían negociaciones para un acuerdo, pero el mismo no llegó a realizarse.

Al iniciarse el nuevo siglo, varios países negociaron acuerdos bilaterales similares al TLCAN. Estos acuerdos han dado origen a un nuevo tipo de

Acuerdo Internacional de Inversión que tiene aspectos tanto de comercio como de inversión.

Por lo que atañe a las convenciones relativas a la doble imposición, las más numerosas son las concertadas entre los países desarrollados, lo cual se explica por el hecho de que la doble imposición constituye para dichos países la mayor de las amenazas, a diferencia de lo que sucede con el *riesgo político*, que es el tema de mayor interés cuando se trata de *países en desarrollo*.

22.- Aumento en número y complejidad de los AII.

Por otra parte, el universo de los acuerdos internacionales de inversión ha aumentado, no solo en número, sino también en complejidad, al punto de que cada nuevo acuerdo añade una disposición más compleja al sistema. Es así como un cierto número de acuerdos internacionales de inversión, contiene elementos relativos a las obligaciones de fondo. Por ejemplo: el significado de la expresión “*tratamiento justo y equitativo*”, así como el concepto de *expropiación indirecta*. Algunos acuerdos bilaterales de inversión recientes insisten en la regulación de materias de política pública, vinculada a la inversión extranjera, señalando los aspectos de la seguridad nacional y del orden público, de la protección de la salud y del medio ambiente; el del respeto a los derechos fundamentales del trabajo; la diversidad cultural y de medidas necesarias en el caso de los servicios financieros.

Importantes innovaciones conciernen igualmente los procedimientos de regulación de los diferendos entre inversionistas y Estado con el cuidado de

aumentar la transparencia, de promover la economía procesal y de propiciar los resultados equilibrados y coherentes.

La complejidad aumenta igualmente por el hecho del crecimiento rápido de formas atípicas de acuerdos internacionales de inversión, tales como los acuerdos de libre cambio y de participación económica.

Debemos recordar ante todo, que la tesis de la *aceleración de la Historia* aparece demostrada en esta materia, por cuanto si bien como señaláramos, fue sólo en 1959 cuando se suscribió el primer Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), entre Alemania y Pakistán, dando el primer paso a la conformación de una disciplina que hoy se denomina -como lo hemos precedentemente señalado- **Derecho Internacional de Inversiones**, para finales de junio de 2008, existían alrededor de 5.700 de tales Acuerdos de Inversión. La información no es tentativa, sino que la misma deriva de un organismo de las Naciones Unidas, la efecto, el Consejo de Comercio y Desarrollo⁵.

Por lo que atañe a los *arbitrajes entre inversionistas* y Estados, desde 1995 hasta octubre de 2008 el número de los mismos es de más de dos mil casos planteados: Argentina ocupa el primer lugar con 46 reclamaciones depositadas contra ella, 44 de las cuales derivan, -por lo menos parcialmente-, de la crisis financiera que afectara a este país a principios del 2000. En ese orden le siguen México con 18 casos; la República Checa con 14; Canadá con

⁵ Comisión de Inversiones, Empresas y Desarrollo. Reunión de expertos plurianuales sobre la inversión a favor del desarrollo. Ginebra, 10 a 12 de febrero de 2009. Este informe nos revela que los 10 países signatarios más importantes de acuerdos bilaterales de inversión, eran para julio de 2008 en el orden en que se señalan los siguientes: Alemania, China, Suiza, Reino Unido, Egipto, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo y República de Corea

13, Estados Unidos con 12; Ecuador con 11; La India, Polonia y Ucrania, con 9 cada uno; y Egipto, Rumania, la Federación Rusa y la República Bolivariana de Venezuela con 8, respectivamente.

23.- Principales características de los Acuerdos Internacionales de Inversión

En el estudio antes citado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, denominado “*Aspectos relativos al desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversiones*”, se hace una síntesis de las principales características de tales acuerdos, las cuales vamos a exponer:

.- El sistema es **universal**, en el sentido de que casi todos los países han suscrito por lo menos un acuerdo bilateral de inversión y la gran mayoría son parte de varios de ellos.

.- La estructura es **atomizada**, indicativo de que no hay coordinación o coherencia global entre los miles de acuerdos que constituyen el sistema

.- El sistema está **estratificado**, lo cual significa que los acuerdos internacionales de inversión existen actualmente en los niveles *bilateral, regional, intraregional, sectorial, plurilateral y multilateral*.

.- El sistema es igualmente **multiforme**, en el sentido de que los Acuerdos Internacionales de Inversión comprenden no solamente las disposiciones específicas relativas a la inversión, sino también disposiciones que se refieren a otras cuestiones asociadas, como lo son el comercio de mercancías, el comercio de servicios, la Propiedad Intelectual, el derecho al trabajo, la protección del ambiente, etc.

.- En el fondo, los acuerdos presentan un **grado considerable de homogeneidad**, por lo que se refiere a los elementos fundamentales de la protección de las inversiones. Disposiciones relativas al trato nacional o al trato de la nación más favorecida, al trato justo y equitativo, a la indemnización de las expropiaciones, al derecho a la libertad de transferencia y a los procedimientos de regulación de los diferendos entre los inversionistas y el Estado y, entre los Estados, figuran en una gran mayoría de acuerdos. Sin embargo, el nivel preciso de estas disposiciones varía considerablemente.

.- El efecto de la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión es el de **protección** y, sólo en grado muy moderado, el de **liberalización**. Asimismo, casi todos siguen el modelo de los acuerdos bilaterales de inversión (ABI) europeos de los años 60, incluso a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo General sobre el Comercio de los Servicios de la Organización Mundial de Comercio. Solo los acuerdos de libre cambio más recientes comprenden igualmente obligaciones en materia de liberalización, como es el caso de los recientemente concertados por Canadá, Japón y Estados Unidos.

.- En un número que es todavía *modesto pero creciente* de los Acuerdos Internacionales de Inversión, se encuentran versiones revisadas de varias obligaciones de fondo como lo son, la definición de “*tratamiento justo y equitativo*” y el concepto de “*expropiación indirecta*”.

.- Los Acuerdos Internacionales de Inversión acuerdan **derechos** a los inversionistas pero nada dicen con respecto a las **obligaciones** que les

corresponden. Lo anterior significa que los países anfitriones continúan efectuando su labor de regular las inversiones extranjeras por medio de su legislación interior y no mediante la imposición de obligaciones a los inversionistas extranjeros en los AII, como es el caso, por ejemplo, de su responsabilidad social como empresa.

.- La mayor parte de los Acuerdos Internacionales de Inversión existentes no se interesan específicamente en las **materias de desarrollo** o lo hacen solo en forma marginal, casi siempre mediante una mención en su preámbulo.

Es en vista de las anteriores características que el informe de la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo concluye que el actual sistema de los acuerdos internacionales de inversión *no es una estructura estática de acuerdos sino un cuadro dinámico que no cesa de evolucionar.*

24.- Concepto de Arbitraje Internacional.

Hemos visto el concepto y la evolución de los Acuerdos Internacionales de Inversión, así como de sus características más resaltantes. Vamos a pasar ahora a otra de las designaciones inicialmente mencionadas que señalamos entre las que son utilizadas en un sentido que se aleja de sus reales características. Se trata del *arbitraje internacional*.

Recordemos al efecto que las únicas vías para demandar al Estado fuera de su territorio y del ámbito de su soberanía eran, hasta fecha cercana, los juicios por ante el Tribunal de Justicia Internacional, que conocía justamente

de problemas de soberanía (territorio; actos de gobierno; límites). Más recientemente se abre la indicada posibilidad ante los Tribunales de Derechos Humanos, pero en el orden histórico, el fenómeno de mayor importancia va a estar constituido por los Tratados de Inversión Internacional, ya que los mismos aportan la *oferta máxima*, constituida por el arbitraje internacional, mediante el cual se adquiere por parte de los inversionistas, la facultad de demandar al Estado, por incumplimiento de los acuerdos de inversión por ante organizaciones arbitrales. Es decir, por tal vía se logra sacar al Estado de su ámbito territorial; de su normativa jurídica, para entregar las controversias que contra el mismo se establezcan en materia de inversiones a los árbitros, sujetos que no son ni siquiera funcionarios internacionales, sino particulares que asumen la misión de decidir inapelablemente los conflictos planteados.

25.- La inversión extranjera es el objeto protegido en los TBI.

Mediante los Tratados Bilaterales de Inversión, que firman los Estados para **favorecer una inversión extranjera**, se va a abrir también la oportunidad de demandar al Estado. En efecto, las leyes de inversión, al regular la materia, lo que hacen es “*proteger la inversión y proteger al inversionista*”. Ahora bien, en el Tratado Bilateral de Inversión es un acuerdo entre Estados, pero el beneficiario de tales convenios son los inversionistas.

Se dice que, el Estado al haber aceptado las cláusulas del acuerdo de inversión, está declarando que aceptó el arbitraje internacional y con ello que está dispuesto a someterse a un régimen internacional. Al respecto, se repite hasta la saciedad, que el único medio de atraer las inversiones al territorio de un país, es que el mismo acepte someterse al arbitraje internacional en los

acuerdos que suscriban. Es decir que, esta es la ventaja del Estado, porque en el Acuerdo de Inversión el beneficiario es el inversionista.

Por lo que atañe a la tesis antes expuesta de que, la existencia de los acuerdos de inversión, es la única vía para obtener la inversión extranjera, la misma ha sido contradicha por la realidad de un Estado como Brasil, que no pertenece al CIADI y que no reconoce cláusulas de arbitraje y que, sin embargo, es el país que cuenta con mayores inversionistas extranjeros en Sud-América.

II.- LOS TEMAS PRESENTES EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

PRIMERO TEMA: SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS INVERSIONISTAS

Las empresas inversionistas son en su gran mayoría las llamadas *empresas multinacionales o transnacionales*.

26.- Las empresas multinacionales.

Cuando se alude a tales empresas, se está hablando de una pluralidad de personas jurídicas que constituyen a una entidad dentro de la cual los sujetos que la integran pueden poseer diferente nacionalidad y domicilio, pero tienen en común el *fin* perseguido y el elemento *gerencial*, en virtud del cual dirigen la totalidad de las operaciones organizativas o económicas. El *domicilio* pueden tomarlo de cualquiera de los lugares donde se ubican y *el financiamiento* puede provenir de un país distinto al de *la gerencia* y, asimismo, puede tener diferente origen la *tecnología* que facilita su proceso productivo.

La empresa multinacional es una unidad económica, solo que a los efectos de su mejor rendimiento y productividad serán diversas las personas jurídicas que las integran y que poseen diferente personalidad y la apariencia de patrimonios y administración independientes.

Las multinacionales en consecuencia, son una red de personas jurídicas que si bien pueden estar registradas en distintos estados, tienen como se señalara, una *gerencia común y un mismo fin*, si bien las decisiones se toman en un país específico; el financiamiento se realiza en otro y el proceso productivo puede ubicarse en diferentes espacios geográficos. Asimismo, la tecnología empleada puede derivar de cualquiera de las sociedades satélites. La empresa multinacional es una *unidad económica*, solo que a efectos operativos *las entidades que las constituyen se presentan cada una de ellas como sujetos autónomos por poseer diferente personalidad jurídica, tener la apariencia de patrimonios diferentes y de una administración independiente*.

De lo anterior deriva que si las distintas personas jurídicas que componen a la multinacional son diferentes, cada una de ellas debería detentar una protección internacional separada, incluso, las personas jurídicas integrantes de las multinacionales que se hubiesen registrado en el país anfitrión, deberían carecer de dicha protección internacional, por tratarse de una persona jurídica nacional.

A diferencia de ello, los tratados bilaterales de inversión, en forma casi unánime, reconocen que las personas jurídicas relacionadas con un inversionista de la nacionalidad del país de origen podrían ser consideradas como *inversiones extranjeras*, independientemente del lugar del registro, e incluso, si esa persona jurídica ha sido registrada en el país anfitrión.

Ante este estado de cosas hay quien considera que el problema que tal hecho plantea es el de la libre disposición de los requisitos exigidos a las sociedades inversionistas ya que las mismas, como es el caso del domicilio y

la nacionalidad, pueden ser modificadas a los fines del sistema de inversión. Para otros, se trata de un “**abuso en la personalidad jurídica**”, utilizado como un medio para someterse a una jurisdicción determinada o, por el contrario, para eludirla.

Finalmente, está la tesis que considera que debería denominarse a todo este sistema como el de “**la negación de la personalidad jurídica**” ya que, al reconocer que una empresa tiene las características de otra que opera en un determinado país, se está ignorando y con ello negando su verdadera personalidad.

27.- El “*treaty shopping*”

Toda esta situación de la multiplicidad de personas jurídicas de variada nacionalidad que integran a la multinacional ha generado una práctica denominada “*treaty shopping*”, cuya traducción literal es, *escogencia de tratado*, que es una actuación utilizada esencialmente a los fines del arbitraje internacional, en la cual son establecidas sociedades por parte de un grupo de empresas con el propósito exclusivo de obtener beneficios de un tratado existente entre ese Estado y un tercero. A este último no le serían aplicables las normas del tratado, por no ser la persona que reclama el beneficio por no ser residente en uno de los Estados firmantes o cualquier otro motivo análogo.

La expresión que hemos utilizado tiene su origen en los Estados Unidos, pero hoy en día se aplica en toda la doctrina del Derecho Mercantil. El término en cuestión está relacionado con el “*forum shopping*”, usado en el

procedimiento civil norteamericano para indicar la situación en la cual el imputado en un juicio, trata de llevar su caso a una jurisdicción en la cual espera obtener un resultado más favorable que aquel que le correspondería en el orden natural de las cosas.

Aún cuando se ubica el nacimiento del término en una audiencia sobre “*Paraísos Fiscales*” en el Congreso de los Estados Unidos, que tuviera lugar en 1971, ya en el tratado entre dicho país y el Reino Unido en 1945 se había incorporado una cláusula contra el abuso de los beneficios derivados de los acuerdos internacionales.

28.- La llamada “Planificación corporativa legítima”

El treaty shopping ha sido designado también como “*planificación corporativa legítima*” para los casos en que un inversionista, cuya inversión no está protegida por un tratado bilateral de inversiones, obtenga, sin embargo, dicha protección por medio de otro tratado, en virtud de una reestructuración de su personalidad jurídica, a fin de que cuando las controversias surjan, se encuentre garantizado su acceso a un *centro internacional de arbitraje*, como puede ser el CIADI. En nuestro criterio, la tesis de que este sistema es una planificación corporativa ajustada a Derecho, como lo indica su designación, no puede ser aceptada ya que, por el contrario, pensamos que es una manipulación del régimen de la competencia que puede constituir un *fraude a la ley*, o bien, *un abuso de derecho*.

Un reciente laudo de CIADI⁶, del 15 de abril de 2009, en el caso de Phoenix Action Limited contra The Czech Republic, señala que “*el Tribunal no protege a este tipo de manipulación abusiva del sistema internacional de protección de las inversiones conforme al Convenio del CIADI y a los Tratados Bilaterales de Inversión*”.

Muchas empresas trasnacionales han utilizado todos los medios posibles para ampliar el alcance de la protección de los inversionistas, más allá de la intención de los estados anfitriones. Hasta la antes citada decisión de Phoenix vs. The Czech Republic, han buscado una justificación para los tribunales de CIADI, sin atender a la existencia de lo que se denomina “*el levantamiento del velo corporativo*” o “*del velo societario*”, destinada a determinar los verdaderos propietarios o partes interesadas cuando se trata de una multiplicidad de personas jurídicas que operan unidas por un mismo interés. Esta práctica ha sido denominada “*planificación de la nacionalidad*”.

Para explicar que solo en fecha reciente haya sido creado, con la sentencia de Phoenix, un precedente del CIADI, se dice que son pocos los inversionistas suficientemente audaces para intentar este tipo de manipulación. En nuestro criterio estimamos, que aquí está presente la inclinación evidente de los tribunales CIADI hacia los inversionistas, que los lleva a minimizar o ignorar la utilización de las reestructuraciones societarias en forma abusiva, razón por la cual son pocos los fallos en los cuales se haya hecho un pronunciamiento sobre el levantamiento del velo corporativo.

⁶ N° ARB/06/6

Ahora bien, no podemos dejar de citar tres casos emblemáticos de los tribunales arbitrales, en que los mismos se pronunciaron sobre claros supuestos en que la jurisdicción fue demostrada por medio de reestructuraciones abusivas, transferencias u otras manipulaciones.

29.- El caso Autopista Concesionada de Venezuela contra la República Bolivariana de Venezuela.

El primero de estos casos es el de Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. contra República Bolivariana de Venezuela⁷, cuyo laudo sobre jurisdicción es de fecha 27 de septiembre de 2001. El caso alude a una concesión que había sido otorgada a una compañía venezolana que tenía la propiedad mayoritaria en una empresa mexicana. El convenio de concesión contenía una cláusula expresa que disponía que, *“si el accionista o la mayoría de los accionistas de la concesionaria llegase a ser (a) nacional (es) de un país que es un Estado contratante del CIADI -y, en el caso específico, México no lo era,- entonces las controversias se someterán a arbitraje del CIADI”*. En el caso específico, la propiedad fue transferida con el fin de facilitar la financiación a otra filial de la concesionaria domiciliada en los Estados Unidos de América. Señaló el laudo que el cesionario, aparte de ser de la misma familia corporativa, tenía negocios y no era una *“sociedad de conveniencia”* formada con el propósito de tener acceso al CIADI, más bien, la transferencia había sido válida para fines comerciales ajenos a la controversia. Además, consideró el tribunal que la autorización para la transferencia que había solicitado y obtenido del Ministerio de Transporte y

⁷ Caso CIADI N° ARB/00/5

Comunicaciones de Venezuela, antes de que la transferencia hubiese sido hecha y, por tales razones, apoyó la jurisdicción de la demandante.

30.- Caso Tokio Tokeles contra Ucrania.

Otro caso relativamente reciente es el de Tokios Tokeles contra UCRANIA⁸, decisión ésta del 29 de abril de 2004, que examinó si se había producido, lo que en la práctica del sistema –como hemos visto- se denomina “abuso de la personalidad jurídica”, esto es, la utilización de empresas a las cuales se le atribuye una nacionalidad o un domicilio diferentes con el fin de que encajen en el supuesto de un tratado y con ello, puedan ser sometidas a lo que se tiene como un abuso de la personalidad jurídica que justificara la denegación de la jurisdicción.

Una vez más, como en “*Autopista*”, el tribunal de Tokios para sustentar la jurisdicción, trató de asegurarse de que no había habido abuso de la personalidad jurídica. Un hecho que se consideró clave sobre la jurisdicción fue la circunstancia de que la sociedad había sido creada antes de que el tratado bilateral de inversiones existiera. El tribunal llegó a la conclusión de que la demandante no creó Tokio Tokeles con miras a ganar acceso al arbitraje del CIADI, en contra de Ucrania, de acuerdo con el TBI, puesto que la sociedad se constituyó seis años antes de que TBI entre Ucrania y Lituania entrara en vigor. En sentido contrario a lo que el Tribunal decidió, su Presidente, Prosper Weil, manifestó estar totalmente en desacuerdo con la decisión, advirtiéndolo que “*los tribunales del CIADI tienen que ser*

⁸ Caso CIADI N° ARB/02/18

particularmente cuidadosos cuando determinen la jurisdicción". Una ampliación injustificada de la jurisdicción del CIADI, constituiría, para el disidente, una intromisión invasiva, tanto de la protección diplomática como de la jurisdicción de las Cortes locales.

31.- Caso Aguas del Tunari contra la República de Bolivia.

Un tercer caso emblemático es el de Aguas del Tunari contra la República de Bolivia⁹, en el cual fue dictado el laudo sobre jurisdicción el 21 de octubre de 2005. En este caso, el tribunal arbitral *“reconoció que la forma societaria puede ser objeto de abusos y puede desconocerse por razones de fraude u otros motivos”*. En el caso de autos, Bolivia había firmado una concesión para Aguas y el tratamiento de aguas residuales. La empresa originaria, que fue creada por el Consorcio para llevar a cabo las operaciones, era propiedad en parte, de una entidad de las Islas Caimán que, a su vez, estaba controlada por Vechtel, una corporación de Estados Unidos. Se trataba originariamente de una asociación en participación realizada por Vechtel con una compañía italiana para operar en negocios internacionales en Bolivia, y como consecuencia de ello, se llevó a cabo una reestructuración societaria en virtud de la cual, las acciones de la entidad de las Islas Caimán, fueron transferidas a una sociedad holandesa. Como en el caso de *“Autopistas”*. La transferencia fue notificada y aprobada por el gobierno de Bolivia.

Para determinar si debía mantenerse la jurisdicción en el marco del tratado bilateral de inversiones entre Bolivia y los Países Bajos, el tribunal se basó en el hecho de que el cesionario *“no era una mera sociedad ficticia*

⁹ Caso CIADI N° ARB/02/3

establecida para lograr que el CIADI tenga jurisdicción en la controversia de autos”, pero era parte de una reestructuración que se había planeado y ejecutado mucho antes de que los hechos que dieron lugar a la controversia hubieran concurrido o fueran previsibles y fue parte de un plan de negocios de varias operaciones más grande e independiente.

Las decisiones antes comentadas constituyen para algunos una alerta de los tribunales de CIADI a los inversionistas, en el sentido de que los abusos no serían permitidos. Así ha sido señalado¹⁰ con relación al laudo arbitral sobre jurisdicción de CIADI en el caso Aguas del Tunari contra Bolivia y a los contenidos en la decisión de Tokios Tokeles. Los tribunales efectuaron, dice el comentarista citado, *“una clara advertencia de que una reestructuración corporativa iniciada con posterioridad a los hechos que dan lugar a la reclamación, y realizada con la exclusiva finalidad de obtener en un determinado caso acceso al arbitraje del CIADI, como podría llevar a un tribunal CIADI a rechazar la jurisdicción por “abuso de forma” o “uso de una sociedad de conveniencia””*.

32.- Caso Phoenix contra República Checa.

El anterior principio ha sido reforzado con la más reciente de las decisiones sobre la cuestión. Se trata del caso Phoenix contra República Checa, en el cual la demandante, una compañía israelí, comenzó el arbitraje CIADI contra la República Checa por presuntas violaciones del TBI República Checa-Israel. Phoenix era controlada por un ex –nacional checo,

¹⁰ MEZGRAVIS, Andrés, en *“Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”* En Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas. Página 355 a 385. Caracas, 2005.

Wladimir Beno, quien se incorporó a Phoenix en virtud de la legislación israelí, y lo hizo para adquirir participaciones en dos compañías checas propiedad de los miembros de su familia. Antes de la adquisición, las compañías checas ya habían participado en los litigios en la República Checa y con las autoridades checas con relación a la congelación de fondos y al decomiso de los archivos de la compañía.

Aproximadamente dos meses después de la adquisición, Phoenix informó a la República Checa la existencia de una controversia sobre inversión y, posteriormente comenzó el arbitraje ante el CIADI.

Phoenix había tratado de llenar el requisito técnico del TBI de la “*nacionalidad*” en virtud de su incorporación en Israel, pero la República Checa objetó la jurisdicción del CIADI sobre la base de que la compañía era una creación “*Ex post facto de una entidad ficticia israelí*”, con el único fin de obtener la jurisdicción del CIADI.

El tribunal del caso Phoenix consideró la objeción de la República Checa relativa al “*abuso de procedimiento*”, afirmando al respecto lo siguiente: “*el abuso aquí podría ser llamado un **detournemet de procedure** que consiste en la creación de la demandante de una ficción jurídica, a fin de tener acceso a un procedimiento de arbitraje internacional al que no tenía derecho*”.

De allí que, aunque técnicamente, la demandante israelí parecía estar facultada para hacer valer los derechos en virtud del TBI, el tribunal sostuvo

que no mantendría su jurisdicción si las circunstancias indicaban un intento de abuso de tales derechos.

Estimó el tribunal que no hay derecho que no pueda en alguna circunstancia, ser objeto de desconocimiento por haber sido motivo de abusos. El tribunal señaló que la modificación de las estructuras corporativas con el fin de obtener acceso a la jurisdicción del CIADI había excedido los límites permisibles, señalando que el cambio de la forma de una compañía, con el único propósito de formular un reclamo CIADI en contra de las medidas adoptadas por un Estado, cuando dicha compañía no existía antes de tal cambio, no puede dar origen a una inversión protegida.

33.- Las vías para controlar a las sociedades simuladas.

La doctrina se pregunta cuales pueden ser las vías jurisdiccionales para denunciar la existencia de estas sociedades de conveniencia, creadas con el único fin de someter un conflicto a un tratado específico. Al respecto, al no existir una acción *ad hoc* se utilizan los tradicionales que el derecho ofrece, en contra de las actuaciones simuladas, o actos de simulación que conforman *abuso del derecho* o, incluso, *fraude a la ley*, indicándose al efecto las siguientes:

1.- **La aplicación de la teoría de la simulación.** Se habla de simulación cuando se utiliza una forma jurídica falsa para encubrir la verdadera naturaleza de lo que realmente se desea efectuar. Así, el caso de que una compra-venta encubra una donación y la enfiteusis un arrendamiento.

En el caso de las sociedades falsas creadas solo para obtener los beneficios de un tratado, puede hacerse valer la *acción de simulación*.

La acción de simulación ha sido definida como aquella de naturaleza autónoma y declarativa, tendiente a hacer constar de un modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica. Lo que se pretende, en caso de haber existido una simulación absoluta, es obtener se declare la inexistencia o nulidad de un acto ficticio; es decir, se trata de una acción de reconocimiento negativo. En caso de simulación relativa, lo que se persigue es, simultáneamente, un reconocimiento negativo y uno positivo: que se declare a la vez, la inexistencia o nulidad del acto ficticio y la realidad del negocio simulado.

La simulación puede *también alegarse por vía de excepción*, cuando el actor intenta hacer producir efectos al acto ostensible tras el cual ninguna realidad existe o al acto ficticio que oculta el verdadero consentimiento. Incluso podría también suceder que frente a la acción de simulación absoluta, el demandado opusiera la excepción de simulación relativa.

La acción de simulación guarda estrechos vínculos con otras temáticas del Derecho Civil como la *acción pauliana*, la *subrogación* o la *responsabilidad extracontractual*. Con todo, creemos que tiene una vida propia. Desde la perspectiva de los terceros, su campo es simplemente el del derecho de prenda general de los acreedores. Cuando el artículo 2465 del Código Civil confiere a los (terceros)

acreedores acción para perseguir sus créditos en "*todos los bienes del deudor*", hay que considerar en tal concepto, naturalmente, aquellos bienes que nunca han dejado de pertenecer al deudor; bienes que sólo han salido aparentemente de su patrimonio. Aunque no obstante ello, y por muy evidente que resulte al tercero dicha apariencia, es preciso acreditarla fehacientemente ante el órgano jurisdiccional.

Desde la perspectiva de las partes, en cambio, el derecho de poner de manifiesto la verdadera voluntad en contraste con la ficticia o poner de manifiesto la no voluntad en un acto ficticio, ese derecho, repito, no puede sino encontrar fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, podemos convenir todo aquello que no esté prohibido. Y llegado el caso, tenemos el derecho de hacer prevalecer, sobre cualquier apariencia, la verdadera voluntad, sea esta la de haber celebrado un acto diferente o la de no haber celebrado acto alguno.

2.- **El ejercicio de la acción pauliana.** Esta es una tesis que nace en el Derecho Continental como derivación del Derecho Romano y consiste en el mecanismo del cual dispone el acreedor en contra del deudor que se insolventa realizando transacciones simuladas o fraudulentas con terceras personas. A través de la acción pauliana, el acreedor puede hacer que sean revocados o deshechos los actos celebrados por el deudor con terceros con el objeto de desprenderse de su patrimonio o disminuirlo en tal grado que quede burlado el crédito.

3.- La "**Agency**" es una figura utilizada en la doctrina anglosajona para desconocer la personalidad jurídica cuando ha sido creada la impresión

en terceras personas de que uno representa al otro y que la “*corporación manifiesta a una tercera persona que un funcionario o agente puede actuar en su nombre y esa tercera persona de buena fe cree que tal autoridad existe*”.

4.- El *levantamiento del velo corporativo* a fin de que se determine la pertenencia de una sociedad o nó a un grupo.

34.- Levantamiento del velo corporativo.

El levantamiento del velo corporativo se originó en el Derecho Anglosajón pero fue adoptado por el Derecho Civil Continental, inicialmente, a través de la jurisprudencia y después, incorporándosele a la legislación.

La figura consiste en el desmontaje de la forma societaria para alcanzar a quien se ha escondido detrás de ella con la intención de afectar la esfera de derechos de terceros o vulnerar el orden colectivo.

Los supuestos para que se plantee la necesidad de levantar el velo corporativo son los siguientes:

- a.- La creación de una sociedad con la intención de cometer fraude respecto a terceros de buena fe; y,
- b.- La existencia de una unidad económica entre la entidad creada y aquella a la cual se pretende hacer responsable.

El “*levantamiento del velo corporativo*” es un tema de constante presencia en los procedimientos arbitrales, por cuanto los inversionistas, que son generalmente poderosas empresas trasnacionales, utilizan sociedades mercantiles o civiles, aparentemente autónomas y desvinculadas de ellas, pero en el fondo simplemente sus “**órganos**” verdaderos y propios. Es por eso que los Tribunales arbitrales se encuentran muchas veces con la denuncia de que las inversionistas extranjeras demandantes, actúan a través de una o varias personas jurídicas con las cuales no parecieran detentar vinculación alguna.

Esta situación ha llevado a la necesidad de establecer reglas que sirvan a los jueces para hacer una calificación previa de una empresa como integrante de un grupo económico, lo cual tiene la ventaja para el demandado de que la carga de la prueba se invierte y es a la sociedad demandante a la que le corresponderá demostrar que no existe nexo alguno entre ella y cualquier otra entidad a quien se le impute una “*treaty shopping*”.

35.- Posibilidad de que la figura sea regulada por la Ley de Inversiones.

Hemos pensado en la posibilidad de que a través de la Ley de Inversiones se pueda crear una presunción “*iuris et de iure*”, y eso es lo que aparece propuesto en el artículo 5 del Proyecto de Ley de Promoción y Protección de Inversiones¹¹ en el siguiente sentido:

*“Las sociedades mercantiles o civiles registradas
en la República Bolivariana de Venezuela por*

¹¹ Anteproyecto de Ley Orgánica para la Promoción y Protección de Inversiones, elaborado por Omar García Bolívar e Hildegard Rondón de Sansó

inversionistas extranjeros, serán consideradas personas jurídicas nacionales a todos los efectos de ley. Los inversionistas extranjeros que sean propietarios de ellas o las controlen, serán responsables de los actos de éstas que sean contrarios al desarrollo económico o social del país; así como al ordenamiento jurídico vigente o que hayan sido ejecutados en abuso de derecho o con la intención de evadir la aplicación de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.”

A tales efectos, los Tribunales de la República podrán considerar responsables no solo al inversionista extranjero propietario de la inversión o que la controle, sino a cualquier persona jurídica que pertenezca al grupo de empresas del inversionista”.

Los medios que en el caso presente están constituidos por *presunciones* para develar el velo corporativo serían al efecto los siguientes:

Parágrafo Primero: *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe un grupo de empresas del inversionista, cuando:*

- a) varias empresas estén relacionadas corporativamente a través de la propiedad común de acciones o cuotas de participación o íntimamente relacionadas a través de contratos o vínculos de naturaleza crediticia;*
- b) varias empresas comparten la utilización de los factores de producción;*
- c) varias empresas respondan a la misma gerencia, esto es, son administradas por las mismas personas;*
- d) varias empresas respondan a la misma razón social o denominación comercial, o utilizan los mismos distintivos comerciales; o*
- e) cualquier otro hecho que ponga en evidencia que las empresas no son personas jurídicas independientes.*

Ahora bien, es sabido que las empresas normalmente se escudan detrás de *la actividad de los contratistas, intermediarios o subcontratistas*, en razón de lo cual el *Parágrafo Segundo* podría ser del tenor siguiente:

Parágrafo Segundo: *Serán igualmente responsables de los actos del inversionista extranjero, los intermediarios o contratistas que realicen actividades en beneficio de aquél en condiciones de exclusividad. A estos efectos, se presumirá que existe un contratista, subcontratista o intermediario exclusivo, cuando:*

- a) la actividad del contratista, subcontratista o intermediario se realice con bienes propiedad del inversionista extranjero;*
- b) la actividad del contratista, subcontratista o intermediario, se realice bajo la supervisión y control absolutos del inversionista extranjero;*
- c) la actividad del contratista, subcontratista o intermediario, es de la misma naturaleza de la actividad a la que se dedica el inversionista extranjero o está en relación íntima con aquella y se produce con ocasión de ella;*
- d) el contratista, subcontratista o intermediario, realice habitualmente obras o servicios para el inversionista extranjero en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro; y*
- e) cualquier otro hecho que ponga en evidencia que el contratista, subcontratista o intermediario, no actúa con independencia frente al inversionista extranjero.*

SEGUNDO TEMA: LAS LLAMADAS MEDIDAS DISCRIMINATORIAS.

36.- Concepto-definición.

El fundamento de las reclamaciones incoadas por los inversionistas contra los Estados es generalmente la imputación de haber asumido en su contra “*medidas discriminatorias*”. Esta expresión ya tiene un gran desarrollo en los laudos arbitrales, e incluso, aparece en los textos de los acuerdos y tratados de inversión en los cuales se desarrollan los supuestos que las constituyen.

Semánticamente el término alude a las actuaciones efectuadas o susceptibles de ser efectuadas por un sujeto con relación a otro, que sean manifiestamente injustas con respecto este último. En efecto, ellas pueden significar: a) bien una carga superior a la que se impone a otros sujetos en condiciones análogas, o bien, b) la privación a un sujeto de un beneficio que sea otorgado a terceros en sus mismas condiciones. *La medida discriminatoria*, es en consecuencia una violación del *principio de igualdad de trato* en virtud del cual, *a igual situación corresponde igual tratamiento desde el punto de vista tanto jurídico como económico.*

Este sentido semántico de lo que es una medida discriminatoria, tiene las siguientes características: *Primero*, que se trate de una **actuación individualizada** en contra de un sujeto o de varios sujetos **perfectamente identificados o identificables**. *Segundo*, esta medida tiene **consecuencias o efectos negativos sobre los destinatarios**. *Tercero*, su aplicación **no ha sido prevista en forma expresa en un texto legal o en un contrato** para ser

aplicada a una situación análoga a la que el afectado posee; *Cuarto*, la medida **contrasta con el tratamiento que se le otorga a otros** (desigualdad).

El anterior, debería ser el sentido que debería dársele a la palabra “*medida discriminatoria*”, sin embargo, los textos contractuales relativos a la regulación de las inversiones, generalmente contemplan una definición expresa de la “*medida discriminatoria*”, señalándole unas características específicas. Incluso, en los contratos en materia de hidrocarburos donde estas previsiones aparecen en los documentos constitutivos de las asociaciones y de su forma de proceder se alude a supuestos concretos a los cuales califican como “*actos discriminatorios*”.

Vamos a exponer justamente alguna de las menciones aludidas en dos convenios de asociación en materia petrolera, que constituyen el objeto de arbitrajes internacionales en materia de inversión.

37.- Actos discriminatorios en el Convenio de Asociación Petrozuata.

Vamos a extraer del Convenio de Asociación Petrozuata, concertado entre Maraven, S.A., y Conoco Orinoco INK, sociedad del Estado de Delaware, las referencias que el mismo hace a los actos discriminatorios, cuyo contenido desglosaremos a través de la intitulación de los temas que trata:

1.- **Sujeto del cual proviene el acto**: Autoridades administrativas y legislativas, bien sean, nacionales, estatales o municipales.

2.- **Naturaleza del acto**: Cualquier acción, decisión o cambios en la ley.

3.- **Condiciones del acto**: a) que sea dictado después de haberse tomado la decisión relativa a la formación del convenio; b) cualquier decisión que, por si sola, o en combinación con otra, dé por resultado un tratamiento discriminatorio; c) el tratamiento discriminatorio debe ser injusto; d) el tratamiento discriminatorio debe ser injusto para la compañía, para cualquiera de sus accionistas o para cualquiera de las asociaciones creadas de conformidad con la normativa que regía en Venezuela.

4.- **Características**: El acto injusto no es aplicable a todas las empresas en Venezuela, pero al mismo tiempo ocasiona perjuicios económicos significativos a los accionistas de la Asociación, distintos del accionista privilegiado (“Clase a”).

5.- **Naturaleza discriminatoria**: No existe trato discriminatorio si se aplica por igual a todas las empresas que operan dentro de la industria petrolera en Venezuela.

6.- **Ejemplificación de las circunstancias en las cuales puede existir trato discriminatorio.**

A continuación vamos a exponer en general las circunstancias que con mayor frecuencia se señalan en los acuerdos, insistiendo en los hechos específicos que contempla el citado convenio de la Asociación Petrozuata. Al efecto, se pueden citar los siguientes supuestos:

.- **En materia de aplicación de impuesto sobre la renta** y, en cualquier, valoración para la determinación de la base imponible para el impuesto sobre la renta, el tratamiento es discriminatorio si no se aplica de manera general a la mayoría de las empresas en Venezuela;

.- Con respecto a ciertas limitaciones como lo son:

- 1) La facultad de **declarar dividendos o repatriarlos fuera de Venezuela;**
- 2) El derecho de **mantener en el exterior el producto de la venta de petróleo crudo** mejorado en una divisa que no sea la moneda venezolana
- 3) La **libre convertibilidad de divisas** que no sean la moneda venezolana en moneda venezolana y viceversa a un tipo de cambio de mercado libre y universal.

7.- En el Convenio de *Asociación Petrozuata* se prevé que aún en los casos en que el tratamiento sea igualitario, podría ser calificado como discriminatorio en el supuesto de que, si después de analizar globalmente todas las acciones, decisiones o cambios en la ley que hubiesen sido adoptados en forma paralela o dentro de un período razonable, dichas acciones resultan perjudiciales económicamente para los accionistas de la compañía, sin que las empresas de propiedad estatal hubiesen sido afectadas por los mismos, o si el daño sufrido por las mismas fuese desproporcionadamente bajo en comparación con el de las empresas extranjeras.

38.- Actos discriminatorios en el Convenio de Asociación Hamaca.

Queremos ofrecer igualmente el caso del **Convenio de Asociación Hamaca** en el cual, si bien, el contenido es casi idéntico al anterior, sin embargo, resulta más específico, e incluso, casuista y, al mismo tiempo, está mejor sistematizado.

a) Contenido de las acciones discriminatorias.

Se señala en el convenio aludido que "*Acciones Discriminatorias*" significará cualquier cambio en las leyes nacionales, estatales o municipales de Venezuela, o cualquier acto o acción con fuerza de ley, o actos de gobierno, o acciones o decisiones de cualquier autoridad legislativa o administrativa a nivel nacional, estatal o municipal, (incluyendo cualquier acción o decisión que resulte en un cambio en la interpretación o la aplicación de la ley Venezolana), que:

a) sea aplicable a la Asociación, a las Entidades de la Asociación o a alguna Parte, en su condición de participante en la Asociación o en alguna Entidad de la Asociación;

b) sea injusta; y,

c) no sea de aplicación general a entidades (tanto públicas como privadas) que realicen actividades petroleras en su propio nombre en la industria de los hidrocarburos en Venezuela (excluyendo a los contratistas proveedores de servicios en la ejecución de tales actividades) en el entendido de que:

b.- Los cambios normativos como medidas discriminatorias.

Señala al efecto el Convenio Hamaca que constituye medida discriminatoria cualquier *cambio de las leyes venezolanas nacionales*, estatales u ordenanzas municipales o cualquier acto con fuerza de ley, o actos de gobierno acciones o decisiones de cualquier autoridad legislativa o administrativa a nivel nacional, estatal o municipal (incluyendo cualquier acción o decisión que resulte en un cambio en la interpretación o la aplicación de la ley Venezolana) con respecto a alícuotas impositivas (incluyendo impuestos al valor agregado tales como el impuesto al consumo suntuario y ventas al mayor, y el procedimiento legal establecido para su recuperación) nuevos tributos, cargas financieras o precios por bienes y servicios suministrados por entidades gubernamentales. Que sean similares a un tributo (es decir, cargas financieras o precios por bienes y servicios impuestas por alguna entidad gubernamental actuando como la única suministradora de tales bienes o servicios o regulando alguna actividad conducida bajo condiciones de monopolio), controles de cambio de moneda extranjera o la expropiación de los activos, o la participación de una Parte en la Asociación¹² o en las Entidades de la Asociación serán consideradas Acciones Discriminatorias si no son generalmente aplicables a las compañías anónimas y contribuyentes asimilados en Venezuela;

c.- Fijación de precios de transferencia a efectos impositivos

Otro ejemplo de medida discriminatoria está en la fijación de precios de transferencia a efectos impositivos. Al efecto, algunos acuerdos señalan que la aplicación de métodos para determinar la fijación de precios de

¹² Cuando se habla de “Asociación” hacemos referencia a la entidad que se conformara para realizar tareas de exploración y explotación en materia de hidrocarburos.

transferencia con el propósito de pagar impuestos con respecto al Crudo Extra Pesado (como sea recuperado o industrializado) o la Producción Comercial producida por las Partes en su condición de participantes en la Asociación o por bienes y servicios suministrados con relación a las actividades del Proyecto, serán consideradas Acciones Discriminatorias, si dichos métodos no son generalmente consistentes con los principios reconocidos internacionalmente para la fijación de precios de transferencia para efectos de impuestos;

d.- Acción creadora de un régimen menos favorable para las partes que el aplicado a empresas en Venezuela.

Cualquier decisión vinculante de una autoridad venezolana competente, que la Asociación¹³ que opera en el campo de la actividad de hidrocarburos, las entidades de dicha asociación o las Partes en su condición de participantes en la misma o en sus entidades, están sujetas a pago de impuestos con un régimen menos favorable para las Partes que el establecido en el aparte único del artículo 9 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, es decir, un régimen menos favorable para las Partes que el aplicable generalmente a las compañías anónimas y contribuyentes asimilados en Venezuela será considerada una Acción Discriminatoria;

e.- Alícuota del impuesto de explotación mayor al máximo previsto en la ley.

El aumento o disminución en la alícuota de impuesto de explotación aplicable al crudo producido por las Partes en su condición de participantes en

¹³ Ver cita N° 13

la Asociación, no será considerado Acción Discriminatoria a los efectos de esta disposición, a menos que dichos cambios resulten en una alícuota de impuesto de explotación aplicable a las Partes en su condición de participantes en la Asociación¹⁴, mayor que la alícuota máxima prevista en la ley para la industria de los hidrocarburos en general; y

f.- Impuestos municipales mayor del 4% sobre la cuota de los ingresos brutos.

La imposición de impuestos municipales (patente de industria y comercio) a las Partes en su condición de participantes en la Asociación¹⁵ o a las Entidades de la Asociación, no obstante lo contemplado en las Condiciones, será considerada *Acción discriminatoria* solo si la carga total de impuesto municipal sobre la cuota de los ingresos brutos de la Parte Afectada en las actividades del Proyecto, en el Ejercicio Fiscal de que se trate, es mayor al cuatro por ciento (4%), en cuyo caso el monto total de todos los impuestos municipales, será tomado en consideración para calcular la disminución del Flujo de Caja Neto Referencial con el objeto de determinar si la Parte Afectada ha sufrido un Efecto Significativo Adverso (en el entendido que la Parte Afectada sólo será compensada por la disminución en el Flujo de Caja Neto Referencial atribuible a impuestos municipales por encima del cuatro por ciento (4%)).

¹⁴ Ver cita N° 13

¹⁵ Ver cita N° 13

39.- Graduación de los Actos Discriminatorios.

Vamos de inmediato a presentar las distintas modalidades de los actos discriminatorios, según el grado de incidencia que ejerzan sobre las situaciones subjetivas de los destinatarios.

Hay una graduación de actuaciones que figuran en forma constante cuando se enuncian los actos discriminatorios, y que tienen todas las características de que en una forma u otra operan como medidas vinculadas a la expropiación, esto es, a la traslación forzada de la propiedad mediante el pago de una indemnización. Estas medidas son las siguientes: En primer lugar **la nacionalización, en segundo lugar la expropiación propiamente dicha y, en tercer lugar, la confiscación.**

40.- Nacionalización como transferencia coactiva.

No puede dejar de observarse que, para una parte de la doctrina vigente en Venezuela¹⁶ hay que distinguir entre la *nacionalización* y la *reserva*, por cuanto la nacionalización, -según los expositores de esta tesis-, se refiere a la *transferencia coactiva a la República por medio de un acto generalmente legislativo, que se basta a sí mismo, por cuanto contiene el procedimiento para compensar los daños que produce dicha transferencia.*

¹⁶ Véase en este sentido a HERNÁNDEZ JOSÉ IGNACIO, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Colección Estudios Jurídicos No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 481-483. Igualmente, confróntese a SALOMÓN DE PADRÓN, MAGDALENA y RIEBER DE BENTATA JUDITH, "Estudio comparativo entre nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso" en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, p.125 y ss., e igualmente a NOVOA MONREAL, *La nacionalización petrolera en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979, pp. 75 y ss.

Para esta postura, *la reserva es la simple limitación del derecho a la libertad económica de los particulares, impidiéndoles el libre acceso al mercado concreto de una actividad.* Por todo lo anterior estiman que puede existir una reserva que no implique una nacionalización; pero toda nacionalización presupone una reserva previa.

41.- Nacionalización como reserva al Estado de bienes, actividades o empresas.

En nuestro criterio, la nacionalización, no es la transferencia coactiva de bienes a la República aún cuando pueda conducir a ello. Lo que significa la nacionalización, es que una actividad; un conjunto de bienes; una empresa o, un conjunto de empresas, *dejan de estar en el ámbito del régimen privado, para pasar a la esfera pública, en el sentido de que el poder de los particulares de disposición y de actuación en general en dicho ámbito o sobre el bien en cuestión, cesa con relación al objeto sobre el cual recae la nacionalización.*

La reserva, es la esencia de la nacionalización y es la propia nacionalización. La misma *debe estar prevista en la Constitución*, que es a la que le corresponde señalar las actividades que pueden ser nacionalizadas. *La medida concreta debe ser asumida mediante ley orgánica*, dictada por la Asamblea Nacional o *por un Decreto con Rango y Fuerza de Ley*, basada en una habilitación constitucional. La cesación de la actividad de los particulares con relación a determinados bienes, servicios o industrias y, su pasaje al Estado o a los entes públicos que la norma reguladora señale será especificada en la ley. Desde el momento mismo en que se produce esa reserva, **las**

actividades son nacionalizadas en el sentido de que salen fuera del ámbito de la disposición de los particulares. De allí que, ese acto de nacionalización no implica necesariamente la transferencia coactiva de la propiedad, y si estuviesen de por medio bienes, tales bienes quedarán fuera del comercio y se procederá entonces, si fuere el caso, mediante el proceso de expropiación, al traslado coactivo de los mismos al sector público.

42.- Concepto de nacionalización.

Eduardo Novoa ¹⁷ considera que el concepto de nacionalización *está indisolublemente vinculado a una concepción político-económica, fuera de la cual no es posible imaginarla.* En efecto, la nacionalidad alude al criterio de que al Estado corresponde una participación decisiva en la dirección de la vida económica de un país, la cual, mediante la nacionalización, permite que pueda asumir él mismo, directamente, o a través de entidades estatales especiales, el papel de empresario en las actividades económicas de producción y distribución de bienes y servicios. La nacionalización opera tanto en una organización socialista, como en regímenes liberales o capitalistas, siempre que se estime conveniente que sea el Estado el que tome a su cargo la propiedad y administración de ciertas empresas, fundamentalmente, las que se dedican a los recursos naturales del país o que exploten actividades de gran importancia para la economía nacional.

¹⁷ **NOVOA MONREAL**, Eduardo “*La nacionalización en su aspecto jurídico*”, en Derecho Económico Internacional. Análisis jurídico de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Fondo de Cultura Económica. México 1976. Páginas 137 a 174.

Al efecto, Novoa Monreal define la nacionalización como “*un acto gubernativo de alto nivel destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es transformada, de manera general e impersonal, en propiedad colectiva y queda en el dominio del Estado, bien sea directamente, bien sea a través de órganos especiales que lo representan, a fin de que este continúe la explotación de ellas, según las exigencias del interés general*”.

Es decir que para Novoa Monreal, la nacionalización, según su definición descriptiva, está constituida por los siguientes elementos: 1) Su declaración emerge de un acto gubernativo de alto nivel; 2) Su finalidad es el manejo de la economía nacional o a su reestructuración; 3) Su objeto es la propiedad privada sobre empresas de importancia, que va a ser transformada en propiedad colectiva; 4) La continuidad de la actividad corresponde al Estado que continúa en la explotación de las empresas que eran originariamente privadas y, 5) La explotación de las empresas se realiza favoreciendo las exigencias del interés general.

Para Novoa Monreal, el objeto de la nacionalización son las “*unidades de producción o de distribución de bienes y servicios*”, por lo cual puede señalarse que recae sobre empresas, aún cuando pueda también recaer sobre bienes de distinta naturaleza.

43.- Un paseo sobre la historia de las nacionalizaciones.

La nacionalización es una institución del siglo XX, considerándose que la primera nacionalización que existió en el mundo se encuentra en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispuso que correspondía a esa nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible sobre los recursos naturales del país, constituidos por todos los minerales o sustancias distintas de los componentes de los terrenos y el petróleo y los carburos de hidrógenos y por las aguas de mares, lagos y ríos.

Fue en la Unión Soviética donde se adoptaron a partir de la Revolución de Octubre en 1917, medidas constitutivas de nacionalizaciones. Las nacionalizaciones soviéticas han sido las más amplias y radicales, por cuanto se extendieron a la casi totalidad de las actividades de producción y distribución de bienes y servicios; se aplicaron indistintamente a nacionales y extranjeros; no contemplaron el pago de ninguna indemnización y tuvieron por finalidad constituir en todo el país “*la propiedad socialista*”.

Otras nacionalizaciones se produjeron después de la Primera Guerra Mundial, cuando se procedió a la redistribución de la tierra como fue el caso de Rumania, Checoslovaquia y Lituania.

En el año de 1926, Gran Bretaña entra en la esfera de las nacionalizaciones, procediendo a efectuar la de las empresas privadas de radio-transmisión y, posteriormente, la de los transportes aéreos comerciales. Francia nacionaliza en 1936 los establecimientos dedicados a la fabricación de material de guerra y en 1937 los ferrocarriles. En 1938 México nacionaliza su petróleo. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se desata un

verdadero torrente de nacionalizaciones que comienza en dos países capitalistas, Gran Bretaña y Francia. La primera nacionaliza el Banco de Inglaterra, el carbón, las telecomunicaciones y la aviación civil, los transportes, el gas, la electricidad, el hierro y el acero. Francia, nacionaliza la hulla, la fabrica Renault, las fábricas de motores Rhòn, los transportes aéreos, el Banco de Francia y otros cuatros grandes bancos, los seguros, el gas, la electricidad y los combustibles minerales.

Los países de Europa Oriental que van a ingresar al sistema socialista, nacionalizan la mayoría de las actividades económicas, tal sucede con Polonia, Rumania, Hungría, Checoslovaquia y Bulgaria.

Los países del tercer mundo también decretaron nacionalizaciones. Fue el caso de Irán que nacionalizó su petróleo en 1951; de Egipto, que nacionalizó el Canal de Suez en 1956; Irak; Ceilán; Cuba; Argelia; Siria; Perú; Libia; y, Chile. En los países del tercer mundo, las nacionalizaciones se refieren a recursos naturales o a industrias de gran importancia económica en manos de inversionistas extranjeros.

44.- Las reglas sobre nacionalización en la Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

El artículo 2, fracción 2, letra “c” de la Carta de los derechos y Deberes Económicos de los Estados señala: *“Todo Estado tiene el derecho de: nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en*

cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuentas sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinente. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la Ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.”

Debe señalarse que el texto transcrito sufrió una importante modificación con respecto a la disposición propuesta por el Grupo de los 40 en México, así como por la del Grupo de los 77 que, en *segunda comisión* analizó el texto. En efecto, en el proyecto del Grupo de los 40 en México, la indemnización no era siempre necesaria y en el texto sometido a la segunda comisión por México con apoyo del Grupo de los 77, el pago debe efectuarse tan solo “*si todas las circunstancias pertinentes así lo exigen*”. Se dice que el reemplazo del texto final obedeció a los esfuerzos para obtener el máximo de adhesiones a la nueva Carta.

Al sancionarse el pago obligatorio, se estaba traicionando el texto de la Resolución 3171 que había sido aprobada un año antes. Además la exigencia del pago obligatorio no fue comprendida por algunos países Así, Cuba expresó después de la votación en la segunda comisión, que entendía que el texto imponía en todo caso, el pago de indemnización. Canadá por su parte, para justificar su votación en sentido negativo, manifestó que no podía aceptar una nacionalización sin pago de justa compensación. Conforme al texto definitivo

de la Carta, la indemnización que ha de pagar el Estado nacionalizador, debe ser “*apropiada*”, lo cual alude al monto de la indemnización y a la forma de su pago; a pesar de lo cual tiene mucha elasticidad ya que señala que ha de ser proporcionada o conveniente para el fin a que se destina. Esa conveniencia la califica el propio Estado que ha de tomar en consideración para regular la cuantía de la indemnización, no solo sus leyes y reglamentos sino todas las circunstancias que le parezcan pertinentes.

El artículo 2 tiene una proyección muy amplia, por cuanto se aplica, no solo a la recuperación de los recursos naturales, sino a cualquier clase de bienes de propiedad de extranjeros, aun cuando se trate de industrias que no explotan recursos naturales como podrían ser otros medios de producción. Con lo anterior, la nacionalización adquiere un amplio alcance como institución jurídica.

45.- Confiscación.

Cuando se habla de medidas que afectan la propiedad o la disponibilidad de los bienes particulares, aparece siempre la confiscación como la medida extrema en esta esfera.

Confiscación es la traslación coactiva de la propiedad sin pago de indemnización alguna, y rige solamente en los casos taxativamente previstos en la Constitución. Al efecto, el artículo 116 del Texto Fundamental dispone:

“No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.
(Negrita nuestra)

Las características de la confiscación que emergen del texto constitucional, son en consecuencia las siguientes: **Primero**, *es una medida de excepción*, en el sentido de que está prohibida por la Constitución, salvo en los casos por ella expresamente previstos. **Segundo**, *exige una previsión constitucional*. **Tercero**, los supuestos específicos en los cuales procede, son los siguientes: a) la de los bienes de las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, siempre y cuando medie una sentencia definitivamente firme que acuerde la traslación forzosa de tales bienes al Estado; b) los bienes de quienes se hubiesen enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público, caso en el cual también se exige la sentencia definitivamente firme; c) los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Aquí rige también la exigencia de la sentencia firme.

En este orden de ideas es importante indicar, sobre la confiscación, lo que destaca LARES MARTINEZ¹⁸, que considera que *“en los países donde esta institución ha existido se le considera una pena o una medida de represalia contra extranjeros en los casos de conflictos internacionales. Por ello cuando se trata de confiscación, no procede en ningún caso el pago de una indemnización. La expropiación, en cambio, no es una pena ni una medida de represalia. Es una institución que tiene por objeto conciliar los requerimientos del interés general de la comunidad con el respeto debido al derecho de propiedad de los administrados. El interés individual de los administrados debe ceder ante el interés general de la colectividad; pero el derecho de propiedad, que la Constitución garantiza, no puede ser desconocido. Por eso, el expropiante adquiere coactivamente los bienes que reclama el interés general y el propietario recibe una justa indemnización para que así su patrimonio permanezca incólume.”*

Ahora bien, existen confiscaciones que están previstas en algunas leyes, por lo cual cabe preguntar si las mismas están o no ajustadas al ordenamiento jurídico. Tal es el caso de los productos alimenticios o farmacéuticos adulterados o en mal estado que son objeto de desposesión coactiva de sus tenedores o dueños para su incineración o desnaturalización. Más grave aún es el caso de las supuestas violaciones al régimen antimonopólico-alimentario existentes en el país, ya que en los supuestos casos de conductas contrarias a las reglas de protección del usuario y consumidor, se han producido actos de entrega a la comunidad, sin pago de indemnización alguna, de los productos supuestamente acaparados.

¹⁸ LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Primera Edición, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 725.

Debemos resaltar que, **los únicos casos de confiscación admitidos en el ordenamiento jurídico son aquellos que obedecen a los supuestos constitucionales.** El anterior señalamiento obliga a plantearse la duda de si las limitaciones a la propiedad legalmente establecidas pueden constituir valederamente actos de confiscación.

46.- La llamada “expropiación indirecta”.

En las fuentes más modernas que realizan el tratamiento del tema de las reclamaciones de los inversionistas contra los Estados en materia de contratos de inversión se habla de la llamada “*expropiación indirecta*” o de medidas “*que tienen un efecto equivalente a la expropiación*” sin haber cumplido con los requisitos constitucionales establecidos para ello. Se señala al efecto que en estos casos, *aunque el título de propiedad no se ve afectado por la decisión gubernativa, ésta supone que dentro de sus efectos se producen consecuencias en el patrimonio del inversionista, similares a las que se manifiestan en el caso de una expropiación directa, que da derecho a una compensación por parte del estado receptor.* Es decir suponen una desposesión o privación sustancial de los derechos de propiedad vinculados a la inversión¹⁹.

Los tribunales arbitrales han declarado en algunos casos que los supuestos que han sido objeto de controversia, no crean una nueva categoría de expropiación, a pesar del intento de algunos inversores de ver en estas

¹⁹ Ver Fernández Maciá Enrique, *Expropiación Indirecta y Arbitraje en Inversiones extranjeras*, Revista Internacional de Arbitraje, Julio-Diciembre 2007, N° 7, pág 11 a 64.

medidas una ampliación de tal concepto. Es por lo anterior que, *los efectos producidos* por las medidas es lo que ha llevado a que se les incluya en el concepto de expropiación, descartándose lo relativo a su forma y calificación jurídica.²⁰

Debemos citar al respecto el criterio expresado por el Tribunal Arbitral en el caso Metalclap Corporation vs México²¹. Dicho tribunal al comentar el contenido del artículo 11-10 del Tratado TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), que contiene la cláusula convencional relativa a la expropiación²², señaló:

“La expropiación en el TLCAN, incluye no sólo la privación de la propiedad de manera directa, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”

Es decir que al lado de la confiscación y de la expropiación se coloca una medida a la que se le atribuyen las siguientes características: a) Se trata de una *“transferencia disimulada”*, es decir de un hecho incidental o secundario; y, b) se aplica al uso de la propiedad del cual priva al propietario total o parcialmente.

²⁰ Nouvel Y. *Les mesures equivalent a une expropriation dans la pratique recente des tribunaux arbitraux*, RGDIP, N° 1, 2002, pp. 81 y ss.

²¹ Caso CIADI N° ARB, Laudo del 30 de agosto de 2000, disponible en www.worldbank.org/icsid.

²² En el mismo sentido, del laudo citado en el texto, se expresó el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en Starret Housing Corp. Vs Irán, laudo número ITL 3224-1 del 19 de diciembre de 1983.

47.- Confusión conceptual entre Nacionalización y Expropiación

Nos preguntamos el por qué se confunden los términos nacionalización y expropiación, cuando ambos poseen elementos diferenciales muy claros. Aún más, las empresas que han demandado a Venezuela pretendiendo el pago de sumas astronómicas, en los casos en los cuales fueron llamadas a ceñirse a un proceso de nacionalización y se negaron a hacerlo, cuando aluden a dicho proceso lo denominan como **expropiación**.

Es inútil que se les explique que la **nacionalización** es diferente a la expropiación y, tales empresas, que provienen de países en los cuales se han producido nacionalizaciones, y saben claramente lo que ello significa, insisten en denominar a las mismas como expropiaciones.

Tanto la nacionalización como la expropiación son potestades del Estado, imprescindibles en los momentos históricos de estas últimas décadas para la realización de sus fines, solo que la nacionalización, consagrada como lo está en la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1974, mediante la Resolución 3.281, está constituida por la **reserva** que se hace de bienes, empresas o actividades al Estado, o a sus entes expresamente creados o designados para tal fin, en virtud de la cual los mismos quedan fuera del régimen de Derecho Privado que los regía.

Por su parte, la expropiación es una figura prevista en la Constitución con todos sus lineamientos esenciales que son: la traslación coactiva de la propiedad, el pago de una indemnización que sea justa y oportuna. Por lo que

atañe al procedimiento es la ley de expropiación la que señala sus fases, comprendiendo la gubernativa o administrativa y la judicial.

¿Por qué se identifica nacionalizar con expropiar?

Para quienes cuestionan los procesos de nacionalización en general o algunos específicos que puedan ser contrarios a sus intereses, les resulta conveniente identificar a dicha figura con la expropiación. Al efecto, la expropiación es una institución tradicional del Derecho en tiempos en que la propiedad privada era inviolable y sagrada, en torno a la cual se creó una doctrina aplicada a lo largo de los siglos, que establece que no puede ser decretada sin la previa indemnización al propietario en forma total y completa. Estas características se quieren hacer extensivas a la nacionalización, lo cual es contrario a su naturaleza ya que posee y se rige por reglas propias que ya constituyen principios del Derecho.

En efecto, los juristas que propiciaron la nacionalización consideran que la misma irrumpió como una institución jurídica autónoma, dotada de reglas diferentes a las de la expropiación. Es así como la Constitución italiana de 1946 y la Constitución alemana de Bonn de 1949, tratan la nacionalización y la expropiación en forma diferente, y en igual sentido lo hace la Constitución francesa. La mayor parte de los tratadistas modernos distinguen entre la expropiación clásica y la nacionalización.

A pesar de todo lo dicho, continúa entre algunos juristas la “*premeditada*” confusión entre nacionalización y expropiación.

48.- Modificaciones sustanciales sufridas por el derecho de propiedad en el tiempo.

El problema fundamental estriba en las modificaciones sustanciales que ha sufrido el concepto de derecho de propiedad privada y su carácter absoluto. En realidad, el sentido absoluto de la propiedad privada ha ido decayendo, pudiendo aislarse a efecto en la evolución del sistema las siguientes etapas:

.- **Primera etapa.** Es la que está representada por el antes aludido **concepto absoluto de la propiedad** que emerge del individualismo dominante en la Revolución Francesa que le atribuyó a la misma el carácter de inviolable y sagrado. Este criterio se trasladó a numerosas legislaciones que proclamaron como principio jurídico general e inmovible el derecho a la propiedad privada absoluta sobre cualquier clase de bienes y a que se le tuviera como una institución sacrosanta.

Lo anterior trajo como consecuencia, que se declarara a nivel internacional que el principio del respeto a los derechos adquiridos forma parte del Derecho Internacional, en virtud de lo cual, cualquier privación a un extranjero de bienes adquiridos conforme a la ley, aunque fuera en ejercicio del poder soberano, impone al Estado el pago de una indemnización completa.

.- **Segunda etapa.** La introducción de limitaciones legales a las facultades del propietario. Es así como la Constitución de Weimar distingue entre el Derecho de Propiedad que es garantizado constitucionalmente y las atribuciones y límites del propietario que son regulados por la ley. Asimismo, la Constitución italiana autoriza al legislador para imponer límites a las facultades del propietario.

.- **Tercera etapa.** El reconocimiento de la función social, como es el caso del artículo 42 de la Constitución italiana en el cual se asegura la función social de la propiedad, con lo cual el derecho de propiedad se presenta como relativo y se abre paso en la ciencia jurídica la figura del “*abuso del derecho*”, cuando la propiedad es utilizada en desconocimiento de todos los fines por y para los cuales ha sido otorgado.

.- **Cuarta etapa.** La aceptación de que existen diferentes formas de propiedad, no solo la propiedad privada, sino también la propiedad colectiva o social, reconocida ésta expresamente en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París en 1948.

.- **Quinta etapa.** Está constituida por la proclamación de que el derecho de propiedad privada debe ceder ante intereses sociales preponderantes, como es el caso del punto 4 de la Resolución 1803 (XVII) de las Naciones Unidas de 1962.

Al modificarse el concepto de propiedad, debilitándose los poderes que se reconocen a su titular, y con la aceptación de su subordinación a los intereses generales de la sociedad, decaen las medidas de protección que estaban establecidas.

Se reconoce que nuevas concepciones económicas y políticas se han abierto paso en muchos países del orbe y las prácticas de las nacionalizaciones han sido “*los más eficaces agentes de esta erosión profunda de la propiedad privada*”. Esto explica que en la Carta de las Naciones Unidas, la propiedad privada y sus garantías no hayan sido incluidas entre los principios que

inspiran a las naciones y que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, haya sido incluido el artículo 17 que debilita el concepto absoluto de propiedad, ya que lo coloca en el mismo nivel del de la propiedad colectiva y se limita a sancionar la privación “*arbitraria*” de los propietarios. Este texto permite las nacionalizaciones aún sin pago de indemnización, puesto que nacionalizar por razones supremas de interés nacional bienes privados que están subordinados a ese interés, no es proceder arbitrariamente.

Hoy en día, la nacionalización se fundamenta en la potestad soberana del Estado. La Carta de las Naciones Unidas establece que la independencia y soberanía de los Estados y la igualdad de éstos son los pilares de la organización de la comunidad internacional. Por lo anterior, cada Estado es libre para establecer dentro de su territorio el régimen político económico que estime más apropiado. La doctrina internacional concuerda en que cada Estado tiene derecho de regular según su criterio las condiciones económicas y sociales dentro de su territorio.

49.- El derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico.

En este estado de nuestro examen, pareciera necesario exponer, aún cuando sea en una forma muy somera, lo relativo al derecho de propiedad en la normativa constitucional venezolana.

El artículo 115 de la Constitución establece: “*Se garantiza el derecho de propiedad*”. Cuando la norma constitucional alude al derecho de propiedad sin calificar en qué consiste, caben varias interpretaciones posibles:

50.- Primera interpretación: La Constitución está haciendo un necesario reenvío al concepto de propiedad consagrado en el Código Civil, que es el texto en el cual la materia aparece regulada, específicamente en el Título II (De la propiedad) artículos 545 y siguientes.

Para saber cuál es el contenido del derecho de propiedad, será necesario entonces ver cómo lo define la norma del Código Civil. Al efecto, el artículo 545 de dicho Código señala lo siguiente: “*La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley*”.

Según la interpretación de la situación que estamos exponiendo, el necesario reenvío que hace la Constitución al aludir al derecho de propiedad, se está refiriendo necesariamente a las características fundamentales que el Capítulo I del Título II del Código Civil le otorga a la propiedad. Al efecto, estas características son las siguientes:

1.- *El derecho de propiedad es un derecho exclusivo y excluyente.* Este derecho significa que el propietario se beneficia de la totalidad de las prerrogativas que irradian de tal derecho sin requerir de la colaboración de otro sujeto. Igualmente significa que el titular puede impedir que los terceros concurren en el uso y goce de la cosa, sin su consentimiento. En este sentido, está facultado para negarse a que se coloque cualquier cosa

sobre el inmueble que le pertenece, que se penetre en él o que se le atraviese para llegar a otra propiedad. (C.C. 550 y 551).

2.- ***El derecho de propiedad es un derecho absoluto.***- Esto significa que el titular puede desplegar las facultades más amplias sobre el bien. No puede dejar de señalarse que las legislaciones actuales restringen la esfera de actuación del sujeto fundadas en dos elementos. a.- En la función social que a la misma se le asigna; b.- mediante la prohibición del ejercicio abusivo de los poderes que de ellos derivan.

En Venezuela la propiedad soporta ***limitaciones*** que emergen de distintas fuentes, a saber: a.-) Las que derivan del Derecho Privado (que están generalmente contempladas en el Código Civil y entre ellas encontramos las relaciones de vecindad y las limitaciones legales; b.-) Las derivadas del Derecho Público. Estas limitaciones son fundamentalmente las llamadas ***limitaciones administrativas***.

Además de las limitaciones se establecen las **restricciones** que son las establecidas en beneficio del interés público.

Finalmente, existen las **prohibiciones**, las cuales eliminan la posibilidad del ejercicio de las prerrogativas que puede ejercer el propietario.

3.- **El derecho de propiedad es perpetuo.**- La propiedad subsiste hasta tanto perdure la cosa sobre la cual recae. El derecho de propiedad no se extingue con la desaparición de su titular por cuanto se perpetúa a través de la sucesión. Este carácter de perpetuidad latente es lo que hace que se cuestione

el calificativo de propiedad a situaciones que tienen una duración limitada, aún cuando posean todas las restantes condiciones de la propiedad, ya que el titular podría gozar y disponer de la cosa mientras la misma subsista, pero llegado a su fin, tanto él como sus causahabientes deberán soportar la desaparición del derecho. Los casos de propiedad temporal son limitados, como lo es por ejemplo el derecho sobre las invenciones y otras creaciones de uso industrial; el derecho temporal de superficie que existe en algunas legislaciones; el derecho a la propiedad sobre el producto de las explotaciones mineras efectuadas mediante concesión.

4.-La Propiedad es un derecho elástico.- Las facultades pueden reducirse para el titular sin que ello deforme la esencia de la propiedad. Por ejemplo, la constitución de un usufructo sobre el inmueble le hace perder al propietario, casi todas sus facultades, sin embargo, el mismo conserva la nuda propiedad sobre el bien o la cosa que es su objeto.

Las facultades de disposición pueden eliminarse en todo o en parte y el derecho de propiedad no desaparece ya que al extinguirse la causa de reducción o limitación de la propiedad, el derecho regresa a su realidad originaria.

Las facultades de disfrute pueden atribuirse en todo (usufructo) o en parte (servidumbres a un tercero) sin que con ello desaparezca el derecho de propiedad. Al cesar la causa de las limitaciones, el derecho regresa a su contenido originario. Así, al extinguirse el usufructo o al desaparecer la servidumbre.

51.- Segunda interpretación: Una segunda interpretación sería en el sentido de que el hecho de que el artículo 115 de la Constitución reconozca el derecho de propiedad sin definirlo, no implica un necesario reenvío al Código Civil, aun cuando sea esta norma la que nos dé la noción tradicional y civilista de la institución. Se considera así que la remisión a lo que es el derecho de propiedad va a estar en las propias disposiciones constitucionales y en las leyes especiales que lo contemplen.

Una sentencia muy notoria del Tribunal Constitucional Alemán, de fecha 15 de julio de 1981, referida al caso denominado “*Explotación de Canteras de Grava en medio húmedo*” (Nassauskiesung)²³ al pronunciarse sobre si debía ser indemnizado el propietario de un terreno que se veía impedido de continuar explotando una cantera, debido a las limitaciones establecidas en la Ley de Régimen de Aguas, tocó el punto en toda su amplitud.

El juzgador, a quien le correspondió decidir en primera instancia, estableció que la propiedad privada debía ser considerada como un derecho que incluye todo uso posible y económicamente razonable, cuyo contenido resulta amparado por el Código Civil. Tal premisa no fue compartida por el Tribunal Constitucional, a pesar de haber sido el criterio que se sostuvo durante la vigencia de la Constitución de Weimar. Señaló al efecto, el máximo tribunal que el concepto de propiedad debe surgir de la propia

²³ El ejemplo está ampliamente desarrollado en la tesis doctoral alemana de un joven jurista venezolano, al efecto, Alexander Espinoza, denominada “*Naturschutz und Eigentum*”. “Propiedad y protección de la naturaleza”. Berlín 2003.

Constitución y no de normas de derecho ordinario, ni puede determinarse el alcance de la garantía de una propiedad concreta a partir del derecho privado.

52.- Tesis sincrética.

Es indudable que cuando la Constitución dice “*se garantiza el derecho de propiedad*”, sin definir de inmediato a qué se está refiriendo, es necesario buscar la institución a la cual la norma fundamental le da protección. Veamos por ejemplo, la consagración de derechos en la forma en que la Constitución normalmente los efectúa, por ejemplo: el artículo 59 garantiza la libertad de religión y cultos; pero de inmediato explica en qué consiste el objeto de esta garantía al señalar *Toda persona tiene derecho a profesar su fe religiosa y culto y manifestar sus creencias en privado o en público mediante la enseñanza u otras prácticas siempre que no se opongan a la moral, las buenas costumbre y el orden público*”.

No habrá duda entonces que el derecho de libertad y de culto es el derecho a tener una religión y a manifestarlo en público o en privado, salvo las limitaciones que la misma Ley establece.

Vamos a otro ejemplo más delicado aún. El derecho a la comunicación. El Art. 58 consagra el derecho a la comunicación, indicando que es libre y plural; pero ¿en qué consiste? De inmediato la Constitución nos dice que este derecho de comunicación tiene una naturaleza pasiva, que es el derecho a obtener información oportuna, veraz e imparcial y tiene una parte activa, constituida por el derecho de réplica y rectificación cuando el sujeto se ve afectado por informaciones inexactas o agraviantes.

Si bien el Código Civil es la norma que define a la propiedad, sin embargo es la Constitución la que le insufla el espíritu que ha de tener la interpretación de todas y cada una de las situaciones que su aplicación implique. A través de la Constitución se tratará de encajar el concepto de propiedad dentro de los valores fundamentales que, están contenidos en el Título I (Principios Fundamentales). Este nos dirá que:

a.- La propiedad debe ser interpretada a la luz de la estructura ideológica del Estado que es la de un *Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*;

b.- Que su aplicación no podrá ir por encima de las nociones de justicia, de igualdad, de solidaridad, de responsabilidad social, de la preeminencia de los derechos humanos y de la ética.

c.- Es así como, para regular las distintas figuras que la propiedad adquiere de conformidad con el objeto al cual se destina se tomarán en cuenta los fines del Estado que son entre otros;

d.- El de constituir una sociedad justa;

e.- La promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo;

f.- La garantía de cumplimiento de los principios derechos y deberes reconocidos por la Constitución.

g.- La *Tesis Sincrética* en consecuencia reconoce que el núcleo central del concepto de propiedad está en el Código Civil y en sus atributos que son permanentes, es decir la **exclusividad**, el **carácter absoluto**, la **perpetuidad** y su **elasticidad**; pero que el desarrollo y aplicación de tales atributos y de los principios que de los mismo derivan , estará siempre encuadrado dentro de los valores políticos que recogen tanto el Preámbulo como el Título I de la Constitución.

53.- Facultades que confiere el derecho de propiedad: derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes.

El artículo 115 de la Constitución, a diferencia de lo que sucedía con las constituciones anteriores, señala las facultades que confiere el derecho de propiedad.

Se observa sin embargo que, a pesar de que la Constitución de 1999 quiso desarrollar el concepto de la propiedad, aludiendo a los términos similares contenidos en el artículo 545 del Código Civil; sin embargo incurrió en una omisión, ya que no indica expresamente el carácter de “**exclusividad**” que corresponde al ejercicio de tales facultades y al cual hemos aludido precedentemente.

La exclusividad, que es la esencia del derecho de propiedad, por derivar de su *naturaleza de derecho real*, lo cual implica la existencia de *una obligación universal negativa por parte de los terceros*, es decir, significa abstenerse de disturbar o atentar contra las facultades que el derecho de propiedad le otorga a su titular.

La exclusividad en el ejercicio de las facultades positivas del propietario, debe considerarse implícita en la norma constitucional. Es más, se trata del objeto mismo de ese derecho. En efecto, desde la óptica de la economía, la propiedad deriva de la existencia de determinados bienes que son escasos. Pues bien, el aspecto negativo del derecho, esto es, la exclusividad, supone que el Estado se encuentra obligado a impedir que el resto de la colectividad haga uso de alguna de las facultades que son inherentes al propietario.

Es al Legislador a quien corresponde alcanzar un equilibrio entre la utilidad privada del propietario y el interés que los demás y la colectividad puedan tener sobre el mismo bien.

54.- Sumisión de la propiedad a las contribuciones; restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general y a la expropiación.

Estimamos al efecto señalar las diferencias entre las distintas modalidades de actos y actuaciones públicas que puedan recaer sobre el contenido del derecho de propiedad.

La Constitución, en el art. 115 alude como límites al derecho de propiedad, tres elementos que no llega a definir. Estos elementos son: a.- *Las contribuciones*; b.- *Las restricciones* y, c.- *Las obligaciones*.

¿Puede considerarse que con lo anterior se agotan las formas o instituciones del Estado o los entes públicos de actuar sobre la propiedad? La respuesta es en sentido negativo.

La Constitución, una vez que ha hecho la anterior enunciación pasa de inmediato a regular una figura perfectamente definida en el tiempo, desarrollada por la doctrina y, regulada minuciosamente en la Ley, como es la Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

En consecuencia de lo anterior, hay que comprender que las formas de **limitación** del derecho de propiedad, no se agotan con las tres primeras señaladas, sino que hay una cuarta que es la expropiación y además, está la nacionalización que si bien, no se dirige necesariamente a su regulación, puede sin embargo, ir acompañada de la expropiación.

El rasgo común de las figuras enunciadas está en el **carácter no indemnizatorio en principio**, que las mismas presentan. A diferencia de ello, la expropiación que es definida fundamentalmente por obedecer a un procedimiento, por depender de una sentencia y por implicar una **justa indemnización**.

55.- Clasificación de las limitaciones a la propiedad según su carácter indemnizatorio.

Planteada de tal forma la cuestión podemos considerar que las limitaciones al derecho de propiedad se clasifican en dos grupos:

Primer grupo: Las limitaciones que no implican indemnización. Estas limitaciones son las antes mencionadas: contribuciones, restricciones y obligaciones.

Segundo Grupo: La Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social, que es una figura formal, muy específica, que requiere un sometimiento estricto a su Ley rectora y que exige como condición para que se consolide, del pago de una “*justa indemnización*”.

Vamos a ver someramente las figuras diferentes a la expropiación con respecto a las cuales la Constitución no exige el pago de indemnización, aun cuando remite su regulación a la Ley, que bien pudiera establecerla. De allí que, **la materia ha quedado sometida a la reserva legal y, en consecuencia, el legislador será soberano de fijar indemnizaciones o de abstenerse de hacerlo.** Ahora bien, ¿qué significan cada una de estas figuras?

56.- Las contribuciones.

La primera de las figuras es la **contribución**. La contribución tiene un contenido pecuniario, porque se trata del pago que se exige al propietario como una forma de atenuar los costos de obras o servicios que directa o indirectamente se vinculan a su propiedad. Por ejemplo la construcción de alguna nueva vía de penetración; las instalaciones de mejoras de productos industriales; el establecimiento de silos. La contribución nace para compensar el mayor valor que la propiedad adquiere por un factor externo no aportado por el propietario. Ejemplo típico está en la contribución de mejora contemplado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y en la contribución por plusvalía de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

La contribución también puede estar destinada a la construcción de servicios comunes destinados a un grupo o población. Ejemplo: En el caso de las urbanizaciones, la contribución que se exige a los urbanistas para la construcción de canchas deportivas o institutos educativos.

57.- Las restricciones.

La **restricción**. Alude a la reducción de las facultades o poderes que la propiedad otorga. Puede ser la restricción que sufre el propietario del inmueble que desea alquilar con respecto a la fijación del precio y a las restantes condiciones que configuran las cláusulas del contrato. La restricción puede ser derivada de una razón urbanística, por ejemplo, de la necesidad de adoptar un determinado estilo arquitectónico, de ceder una franja de terreno, o la destinación de un bien a un uso específico. Igualmente puede señalarse las limitaciones en la enajenación de los inmuebles, como es el caso de las viviendas subsidiadas por el Estado.

58.- Las obligaciones.

Finalmente, nos encontramos con **las obligaciones**, que son conceptos muy variados por cuanto ellas surgen fundamentalmente de cualquiera de las fuentes de las obligaciones y pueden ser entonces *impuestos*, cuando provienen de la Ley o de la Ordenanza; pueden ser *reparaciones* en el caso de daños; pueden ser *devoluciones* cuando exista el pago de lo indebido.

La obligación es siempre el producto de una disposición normativa o de un acto volitivo. Las obligaciones a las cuales se alude pueden ser obligaciones de “hacer”, de “dar” o de “no hacer”, es decir, que la abstención exigida por la Ley e incumplida por el particular, da lugar a una limitación que puede producir el **comiso** e incluso, hasta la **confiscación**. Considera así la Constitución que colocarse en los supuestos que ella enuncia como violación

de su artículo 116, implica incumplimiento de obligaciones que darían lugar a la confiscación. Estos supuestos son los siguientes: 1.-Los delitos cometidos contra el patrimonio público; 2.- el enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público; 3.- la adquisición de bienes provenientes de actividades comerciales, financieras o cualquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Con lo anterior tenemos una diferencia muy clara entre la expropiación como un acto indemnizable por excelencia, por cuanto está en la propia definición de que la Constitución establece de la misma, y las restantes limitaciones que no implican **en principio** indemnización, aunque la ley puede establecerlas, por cuanto se trata de materias libradas a la voluntad legislativa.

59.- ¿Quién establece las limitaciones a la propiedad?

En principio, solo la ley formal puede establecer limitaciones a la propiedad. Se trata de la llamada reserva legal.

En efecto, el artículo 115 de la Constitución al establecer la sujeción de la propiedad a las contribuciones, restricciones y obligaciones contempla dos condiciones específicas:

- .- la primera, una condición formal, esto es, que sea establecida por una ley formal, y;
- .- la segunda, de naturaleza teleológica, exigiendo que el objetivo de las limitaciones radique en la utilidad pública o de interés general.

.- No hay posibilidad alguna de reducir el contenido del derecho de propiedad, sino mediante, una ley específica y por una razón de interés colectivo. La medida del rango de la fuente a través de la cual se puede incidir sobre la propiedad está en el hecho de que la expropiación, como cesión obligatoria de la propiedad y la confiscación como extinción de la propiedad por decisión de la autoridad administrativa, tiene consagración constitucional. Las restantes limitaciones, según la Constitución, provienen de la ley, esto es, son de reserva legal. Ahora bien, cualquier medida legal que viole los supuestos previstos para que opere la confiscación es inconstitucional, o lo que es lo mismo, solo dentro de los tipos que la Constitución establece es posible la **pérdida total de la propiedad** sin indemnización

La consagración de una reserva legal es la vía a través de la cual el constituyente manifiesta la intangibilidad de la regulación de determinadas materias, limitándolas a las leyes formales.

Las materias que hoy en día se consideran como de reserva legal están ante todo señaladas en la propia Constitución o bien, en el reenvío que una norma legal haga a otra.

¿Existe un enunciado general de materias de reserva legal? En cierta forma sí, por cuanto el artículo 156 de la Constitución enuncia la competencia del Poder Público Nacional y, posteriormente, el artículo 187 al analizar las competencias de la Asamblea Nacional señala en su ordinal 1º “*legislar en las*

materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”.

En la Constitución actual hay facultades otorgadas a algunos órganos para dictar actos en ejecución inmediata de la Constitución que, tradicionalmente, eran de reserva legal. Así, el Poder Electoral tiene la facultad de dictar normas en materia de propaganda electoral en ejecución inmediata de la Constitución como lo establece el artículo 292 ordinal 3°. Corresponde igualmente a los estados dictar sus constituciones para organizar sus poderes públicos de conformidad con la Constitución. Por otra parte, la competencia organizativa del Poder Ejecutivo Nacional ha aumentado en forma tal que le es dado al Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 236 ordinal 20°) *“fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración Pública, así como actuar en materias que tradicionalmente eran consideradas como de reserva legal”.*

Además de las reglas anteriores que sirven para definir la reserva legal, paso a paso a lo largo de la Constitución, sobre todo en el enunciado de los Derechos y Garantías, se exhorta a la regulación, solo por la vía de la ley formal.

60.- La reserva legal y la potestad normativa de los entes territoriales menores.

En nuestro criterio, las restricciones, limitaciones y contribuciones a la propiedad son de la más severa reserva legal, sin embargo, no podemos dejar

de señalar que la Sala Constitucional ha indicado en varias sentencias que las materias reservadas a la ley pueden ser abordadas no sólo por la Asamblea Nacional, como cuerpo legislativo del Poder Nacional, sino también por los poderes legislativos de los Estados y de los Municipios, (sentencias de 15/05/2002 y de 18/03/2003 de la Sala Constitucional), en la cual se dejó sentado lo siguiente:

“un análisis de la naturaleza de las Ordenanzas permite concluir que su rango es siempre equivalente al de la ley, pues el poder del Municipio para dictarlas deriva directamente de la Constitución, al igual que ocurre con el poder de los Estados para dictar sus Constituciones o para legislar en las materias de su competencia. De esta manera, de la Constitución se derivan los poderes normativos estatales y municipales, por lo que los actos que se dicten con base en ellos deben entenderse como ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental, así existan leyes nacionales (o estatales, en el caso de los municipios), a las que deban someterse”.

Disentimos completamente de tal criterio, por cuanto la potestad normativa de los entes descentralizados en ninguna forma puede extenderse hacia la legislación sobre las garantías constitucionales cuya regulación corresponde en *forma exclusiva al Poder Nacional*. Sólo por ley nacional puede regularse cualquier limitación a la propiedad.

TERCER TEMA: EXPROPIACIÓN PROPIAMENTE DICHA Y EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

61.- Tratados de Promoción y Protección de Inversiones que contemplan diferencias entre expropiación propiamente dicha y medidas expropiatorias.

En los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI), se contempla la distinción entre la expropiación y las medidas expropiatorias. Se cita al efecto, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de 2003, cuyo artículo 10 (9) (1) señala que: “*Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización-expropiación*”. El anexo 10 (D) del Tratado para aclarar el sentido del artículo señala que el mismo “*aborda dos tipos de situaciones, la primera es la **expropiación directa** donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. La segunda situación abordada en el artículo 10 (9) (1) es la **expropiación indirecta**, en donde un acto o una serie de actos de una parte, tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa, sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio*”.

Para justificar este tipo de cláusulas, la doctrina²⁴ ha señalado que la razón fundamental de incluir casi sistemáticamente las medidas equivalentes a una expropiación en los Tratados está en que los mismos no cumplirían su función si las reglas protectoras previstas en caso de expropiación, pudiesen

²⁴ Manciaux, S., *Les mesures équivalentes á une expropriation dans l'arbitrage international relative aux investissements. ¿En óuvalé Droit de L' Investissements?* F orchani, Paris-Pedone, pp. 74.

ser burladas mediante la emanación de medidas idénticas en sus efectos, pero diferentes en sus formas.

62.- Intento de equiparación de las “medidas expropiatorias” a la expropiación verdadera y propia. La expropiación indirecta.

Los autores españoles señalan que los TPPI celebrados en España, tratan de equiparar todas las medidas expropiatorias a la expropiación, utilizando las siguientes expresiones: **Denominaciones de las medidas expropiatorias:** “*cualquier otra medida de estas características*”, “*cualquier otra medida de efectos similares*”, “*cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto*”, “*cualquier otra medida de característica y efectos similares*”, o bien “*medidas de efecto equivalente*”. Señala la doctrina aludida que, la determinación del alcance exacto de este tipo de medidas expropiatorias denominadas expropiación indirecta, es lo que ha planteado tanto en el ámbito doctrinario como en la práctica arbitral, el más nutrido número de opiniones debido a la variada heterogeneidad de los supuestos. Ahora bien, todos coinciden en que no existe un concepto único, claro y unívoco del término “*expropiación indirecta*”. Se menciona así el antes citado Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos que en el citado anexo 19 (B) señaló que “*la determinación de si un acto o una serie de actos constituye o no una expropiación indirecta requiere de una investigación caso por caso*”.

Al efecto, por lo que atañe a la expropiación indirecta debe señalarse que actualmente es poco frecuente que los Estados ordenen una expropiación

directa o una nacionalización, ya que, por lo general dictan decisiones más numerosas y menos decisivas, todo ello, salvo los casos que se enuncian como excepcionales de Bolivia y de nuestro país, que han nacionalizado distintos sectores económicos tales como el petrolífero y el de telecomunicaciones. Los expertos en la materia, advierten que las nacionalizaciones y las expropiaciones crean un efecto negativo que termina siendo perjudicial para atraer nuevas inversiones extranjeras.

El hecho de que sean pocas las expropiaciones verdaderas y propias, necesariamente incide en el número limitado de causas sobre tales materias por ante los tribunales arbitrales, al punto que puede decirse que tienen carácter excepcional. Las medidas más usuales son aquellas que de acuerdo con la doctrina, carecen de los requisitos de la expropiación pero producen su mismo efecto limitativo del derecho del inversionista.

63.- Intento de clasificación de las llamadas expropiaciones indirectas.

Ahora bien, estas medidas son muy variadas y por ello han sido objeto de clasificaciones, las más comunes de las cuales pueden subsumirse en dos clases:

La expropiación progresiva (*creeping expropriation*), consistente en la adopción de una serie de medidas por parte del Estado en un determinado período, cuyo efecto global provoca una disminución sustancial del valor de la inversión. Ahora bien, si se analizan individualmente estos actos que conforman el proceso como tal, ninguno de ellos encaja en el concepto de acto

expropiatorio. Es la práctica arbitral la que le ha dado nombre a este tipo de actuaciones, como es el caso de *Generation Ukraine INC vs Ucrania caso CIADI N° ARB/00/9*, laudo del 26 de septiembre de 2003, asimismo, en *Compañía de Desarrollo de Santa Elena vs Costa Rica*, laudo del 17 de febrero de 2000.

La expropiación regulatoria (*regulatory expropriation*), que se produce cuando una medida gubernamental adoptada con base en el poder regulatorio que corresponde a todo Estado tiene tal impacto sobre el valor económico de la inversión que puede considerarse como un acto expropiatorio. Se trata generalmente de las regulaciones relativas al ambiente, a la salud, a la moral, a la cultura o a la economía concernientes al país anfitrión.

Hay muchas otras clasificaciones utilizadas por los tribunales arbitrales²⁵, pero en general las medidas expropiatorias carentes de las formalidades y requisitos que permiten calificarlas como expropiación propiamente dicha, son englobadas bajo la rúbrica de *expropiación indirecta*.

64.- Expropiaciones atípicas.

La diferencia existente entre **medidas regulatorias legítimas** por parte del Estado que no dan derecho a compensación y aquellas que tienen unos efectos equivalentes a una expropiación y que por tanto dan derecho al pago

²⁵ Al respecto COE, J., y RUBINS, N., en *Regulatory Expropriation and the TECMED Case: context and contributions* en WEILER, T, Ed., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*; Cameron May, Londres 2005, pág. 605.

de justiprecio, no tiene contornos claramente definidos.²⁶ Es necesario en consecuencia, un análisis de los diferentes supuestos los cuales se consideran como una **expropiación atípica**.

Fernandez Maciá²⁷ indica que, antes de buscar los criterios que definan a la expropiación indirecta a través de los variados ejemplos que emergen sobre todo de los casos que se han planteado por vía arbitral, hay que tener presente que si bien “*toda medida regulatoria puede suponer una interferencia en la propiedad del inversor; no toda interferencia ha de conducir necesariamente a la existencia de una expropiación que obliga al Estado receptor a compensar*”. De la anterior constatación deriva que, con anterioridad a cualquier otra consideración, si lo que se quiere demostrar es la posible existencia de una expropiación indirecta, es preciso probar que la medida gubernativa supone una injerencia que perjudica el desarrollo normal de la inversión, entendiendo por medida, un acto exteriorizado que implique el ejercicio de prerrogativas del poder público. Por lo anterior, hay que rechazar las conductas negativas como lo son “*la inacción*” o la “*abstención*” de las actividades gubernamentales. Sólo una vez comprobado que existe una medida gubernativa perjudicial a la inversión, se puede pasar al análisis de si esa medida presupone una desposesión o privación sustancial de la propiedad que pueda catalogarse como una medida expropiatoria. Ahora bien, aún en ese caso habría que descartar la ilegalidad de la medida, si la misma cumple con los criterios previstos en el TPPI correspondiente.

²⁶ PAULSSON J y DOUGLAS Z., en la obra “*Indirect Expropriation*”, señalan que no existe una fórmula mecánica que determine cuando las medidas atribuibles al Estado receptor sobrepasan la línea divisoria entre una regulación legítima y una expropiación indirecta compensable.

²⁷ FERNANDEZ MACIÁ, ob. Cit., pág 29.

65.- Medida expropiatoria indirecta y potestad regulatoria del Estado.

El tribunal que conoce de la denuncia de que existe una medida expropiatoria indirecta tiene que fundarse en el hecho de que todos los Gobiernos tienen un poder regulatorio que deben ejercer para conseguir los objetivos e intereses que el Estado persigue. De no aceptarse este postulado se estaría ante la conclusión de que toda medida tomada por parte del Estado receptor que provoque una interferencia, aunque sea incidental en el desarrollo de la inversión, supone una medida equivalente a una expropiación, lo cual es inaceptable porque significa la negación de la potestad soberana del Estado. Es decir que dicho con nuestros propios términos tenemos que puntualizar lo siguiente:

Primero, debe necesariamente reconocerse que el Estado tiene un poder regulatorio que no solamente **puede** ejercer sino que **debe** ejercer para obtener sus fines, por cuanto se trata de una potestad pública, esto es, un elemento de la soberanía acordada al Estado para que la ejerza como un derecho y, también como un deber.

Segundo, no puede negarse el poder regulatorio del Estado, porque ello pondría en grave riesgo el ejercicio de las potestades públicas y frenaría su necesidad de dictar medidas para tutelar sus intereses fundamentales. En este sentido, se pronunció el voto del árbitro Schwartz, en el caso Myers vs Canadá²⁸, al oponerse a extender indefinidamente el ámbito de la cláusula convencional sobre expropiación contenida en el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Argumentó al efecto

²⁸ Véase SCHREUER, CH., *The concept of expropriation Under the ETC and others investment protection treaties*, en TDM, vol 2, n° 5, 2005, p. 28.

Schwartz, que las medidas regulatorias que dictan los Estados en el ejercicio del Poder Público, usualmente modulan e inciden sobre el ejercicio económico de los particulares, pero no por ello, a éstos se les debe indemnizar cada vez que el Estado ejerce legítimamente sus potestades, ya que de pretenderse tal cosa, se impediría el ejercicio de las funciones de soberanía. Por el otro lado, continúa señalando Schwartz que, ello no obsta a que siempre que un Estado dicte una medida regulatoria, debemos concluir que no ha ocurrido expropiación alguna, sino que, cada caso debe ser cuidadosamente analizado.

Criterio similar, se sostiene en el caso *Robert Azinian v. México*²⁹, donde se señaló: *“Dicho de otro modo, un inversionista extranjero –en principio con derecho a protección bajo el TLCAN- puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad y aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del TLCAN. Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas mexicanas que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido”*.

El Estado constantemente, hará uso de sus facultades regulatorias, lo cual no puede significar que toda actividad legislativa o reglamentaria del Gobierno, constituya una expropiación indirecta.

²⁹ Caso CIADI N° ARB(AF)97/2, disponible en www.investmentclaims.com.

De allí que no se puede opinar que toda medida regulatoria que ha sido tomada por causa de interés público, pueda ser considerada como un acto expropiatorio.

Una de las tesis sostenidas en algunos laudos arbitrales, es la naturaleza del daño sobre la propiedad a los fines de calificar la medida gubernativa regulatoria como expropiación o no. Así se ha establecido que si el daño es una “*privación sustancial*” de la propiedad ello implique una expropiación y en caso contrario, debe ser negada. Tal fue el caso de la decisión del tribunal arbitral *Pope and Talbot vs Canadá*, laudo provisional del 26 de junio de 2000. Asimismo, aparece en otros laudos como es el caso de *Antoine Gotees vs Burundi*, caso CIADI n° ARB/95/r del 10 de febrero de 1999.

En los Tratados de Libre Comercio recientemente adoptados por Estados Unidos³⁰, en la cláusula convencional sobre expropiación, se incorpora una **aclaratoria** que distingue entre medidas regulatorias y actos expropiatorios.

66.- Criterios utilizados para identificar la expropiación indirecta.

Si bien los TPPI incluyen la mención de expropiaciones indirectas o de medidas que tienen un efecto equivalente, sin embargo no las definen, por lo

³⁰ Artículo 4 (b) del anexo 11 (B) del Acuerdo de Libre Comercio entre USA-Australia del 1° de marzo de 2004; el anexo 10 (d) del Acuerdo de Libre Comercio USA-Chile del 06 de junio de 2003; el anexo 10 (c) del Acuerdo de Libre Comercio USA-América Central (CAFTA) del 28 de enero de 2004; y, el anexo 10 (B) del Acuerdo de Libre Comercio USA-Marruecos del 15 de junio de 2004.

cual la doctrina ha tratado de identificar algunos criterios válidos para calificar como tales a las múltiples situaciones que pueden hacerse presentes en cada caso. Al respecto, un criterio que ha sido considerado como decisivo por los Tribunales Arbitrales para determinar la existencia de una expropiación indirecta es “*evaluar si se ha producido una pérdida sustancial del valor económico de la inversión*”.³¹ Es decir que, *el criterio es cuantitativo*, alusivo a la *severidad de los efectos económicos de la medida gubernamental* sobre la inversión, y, el mismo se traduce en la necesidad de tomar en consideración la *intensidad* y la *duración* de la privación económica sufrida por el inversor. La expropiación supone una interferencia estatal que priva al inversionista de todo o de gran parte de los beneficios económicos que se derivan de su inversión.

Existe una amplia discusión sobre si este criterio único no tiene un complemento para estimar que se está ante una expropiación indirecta o si debe ser analizado conjuntamente con otros criterios o factores. En la decisión del 03 de octubre de 2006, en el caso LG and E vs Argentina el tribunal declaró que “*no había duda que la celeridad de los cambios en el status legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista, así como la posibilidad de uso y goce de la inversión son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta*”. Lo que se discute es si, únicamente deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o el contexto en que se dictó y las intenciones del Estado receptor. El tribunal estimó que debe haber un equilibrio en el análisis que ha de alcanzar tanto los efectos de la medida como las causas a los fines de su calificación o no como expropiatoria.

³¹ Este criterio ha sido desarrollado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En los más recientes TPPI se rechaza la idea antes expresada, como es el caso del artículo 10 (9) del anexo 10 (d) del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, ya que, entre los factores que se mencionan para considerar que hubiese existido una expropiación indirecta se incluía el impacto económico del acto gubernamental, decidiéndose al efecto que *“el hecho de que un acto o una serie de actos de una parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”*.

Por lo que atañe a la **intención** del estado receptor de la inversión, de realizar una expropiación, la mayor parte de los tribunales arbitrales ha considerado que la intención del Estado no es un criterio que ha de tenerse en cuenta para estimar que se está en presencia de un acto expropiatorio. Se ha negado cualquier relevancia en lo que atañe a la intención estatal, ya sea realizada en forma expresa o que se pueda inferir de los resultados a los que se hubiese llegado una vez adoptada la medida gubernamental.

Otro punto que se analiza es **si las expectativas a la inversión pueden ser consideradas como una expropiación indirecta**. El punto está en debate y hay laudos que reconocen el valor de la expectativa y otros que lo rechazan, sin embargo en un TPPI reciente como lo es el anexo 10 (d) del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos se señala como elemento para determinar si hay una expropiación indirecta *“la medida en la cual la acción del Gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión”*.

Otro elemento es el **propósito** y el **carácter** de la acción gubernamental. Este criterio es importante *cuando el Estado actúa para proteger un determinado objetivo de interés público como puede ser la salud, el medio ambiente o la seguridad*. Se ha señalado que, estas medidas regulatorias, por muy loables que sean sus fines, no quedan excluidas de la posibilidad de causar un impacto económico de tal magnitud de la inversión que sea obligatoria su compensación. Se señala sin embargo, que es necesario realizar un *juicio de proporcionalidad* entre los fines para los que han sido adoptados tales disposiciones y los efectos económicos que han causado en la inversión. Sólo si la medida adoptada impone una carga excesiva sobre el inversor con relación a la finalidad perseguida por ella, hay una alta probabilidad de considerarla como un acto expropiatorio. Este fue el criterio seguido por el Tribunal arbitral en el caso *Técnicas medio ambientales TECMED vs Méjico* (laudo del 29 de mayo de 2003).

Finalmente, está el concepto de la “*innecesariedad*” del beneficio estatal. Se trata de la idea de que la medida expropiatoria no tiene por qué beneficiar al Estado receptor, considerándose que analizar si el Estado es el beneficiario o no de la expropiación, si es un tercero, o incluso si no beneficia a nadie, no tiene ningún peso específico en la decisión que debe tomarse para considerar que ha existido una expropiación en un caso concreto. Esta tesis ha sido acogida en el caso *Metalclad vs Méjico*, en el cual el tribunal señaló que la expropiación incluía no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta y deliberada, sino también una interferencia simulada o incidental del uso de la propiedad con el efecto de privar totalmente o en partes significativas a los propietarios del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad.

67.- La nacionalización interpretada como expropiación, como confiscación o como requisición.

Los autores anglo-norteamericanos y, en general, muchos de los defensores a ultranza de la propiedad privada y de la libre empresa se niegan a hablar de nacionalización y utilizan la palabra expropiación cuando aluden a un supuesto que encaja en dicha figura. Con esta terminología obtienen que todo acto gubernativo destinado a privar a un particular de sus bienes, cualquiera que el mismo sea y cualquiera que constituya la finalidad con que se proceda, quedaría cubierto con este vocablo.

El uso de la palabra expropiación para aludir a la nacionalización, tiene por objeto identificar a ambas medidas y con ello exigir el necesario pago de indemnización, cualquiera que sea la naturaleza del acto público que origina la reclamación.

Recordemos una vez más, que la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social es una figura jurídica muy antigua que tiene por objeto permitir a la autoridad la obtención forzada de bienes de los particulares, tanto muebles como inmuebles con el fin de destinarlos a necesidades sociales de diversa índole (construcción de caminos, aeropuertos, escuelas, cuarteles militares, hospitales, etc). Cuando se procede a la expropiación de un bien o de un derecho, éstos se destinan a un simple objetivo que no tiene la amplitud de fines que posee la nacionalización. Esta última está vinculada a los más altos destinos del Estado.

La expropiación es una función tradicional de Estado, en cuanto que la *nacionalización* es una actividad novedosísima que está vinculada con la

política social y económica. Asimismo, algunos autores confunden la nacionalización con la confiscación lo cual no tiene fundamento alguno. La **confiscación** es una medida sancionatoria, de índole penal, incluso, prohibida por muchas legislaciones cuando es total y que consiste en la pérdida de todo o parte de los bienes de un sujeto a favor del fisco por haber incurrido el afectado en un hecho ilícito específico. La sanción en la confiscación con respecto al infractor se realiza mediante la pérdida del dominio sobre la cosa, sin compensación alguna.

Por otra parte, hay quienes confunden la nacionalización con la **requisición**. La requisición es una medida que se aplica en momentos de emergencia nacional, principalmente en tiempo de guerra y permite a los combatientes apoderarse de bienes generalmente corporales, muebles con el fin de atender necesidades urgentes de alimentación, abastecimiento y transporte, con pago posterior de una indemnización a quienes eran sus dueños.

Finalmente, la nacionalización ha sido interpretada como la **transformación de lo extranjero en nacional**. En efecto, la nacionalización no significa transformar lo extranjero en nacional, sino en hacer del dominio de toda la nación (propiedad colectiva) los medios de producción que estaban en poder de los particulares, por lo cual se pueden nacionalizar empresas nacionales.

CUARTO TEMA: LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS DE SOBERANÍA DE NATURALEZA GENERAL MODIFICATORIOS DE LA SITUACIÓN DE LOS INVERSIONISTAS BENEFICIARIOS.

68.- Efectos de las normas generales sobre los acuerdos preexistentes.

Uno de los mayores problemas que plantean los arbitrajes en la materia objeto de nuestro examen es el relativo a los efectos de las normas generales dictadas con posterioridad a la concertación de los acuerdos de inversión que se encuentran en estado de ejecución.

¿Pueden estas normas posteriores incidir sobre la existencia de los acuerdos pendientes?

Si partimos del hecho de que una decisión en virtud de la cual se nacionalice una determinada actividad, un sector industrial, una industria o bienes, específicos, por ser un *acto de imperio*, contenido en una norma legal que, como tal, es general, impersonal y objetiva, puede quedar afectado por el nuevo régimen creado, se plantea la duda de si ello constituye una manifestación de retroactividad de la norma que va a incidir sobre una situación jurídica ya creada y en curso.

69.- La retroactividad.

El problema de la retroactividad de las decisiones contentivas de orientaciones u órdenes de políticas públicas, ha sido objeto de permanente discusión. Constitucionalmente se rechaza que una norma pueda tener efecto

hacia el pasado, salvo que se trate de las disposiciones penales que contemplan sanciones menores (Art. 24).

Ahora bien, la pregunta está en saber si una norma que transforma el sistema jurídico existente y que necesariamente ha de operar sobre instituciones, situaciones, contratos, acuerdos que ya estaban conformados y en su etapa de desarrollo, puede considerarse como retroactiva y, en consecuencia, inconstitucional y carente de eficacia.

70.- El orden público.

Para dar una respuesta contundente, hay que recordar que al lado de la retroactividad está el principio del orden público en virtud del cual ninguna situación puede ser permanente y eterna cuando se encuentra en curso de la producción de sus efectos y tales efectos pueden ser contrarios a los intereses de la sociedad, los intereses del Estado, al orden público y al interés social.

En Venezuela el problema ha tenido un máximo exponente en la figura de un brillante jurista fallecido que se llamó Joaquín Sánchez-Covisa, el cual en un texto denominado “*La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*”³² cuyos principios y reglas han sido acogidos en forma constante y reiterada por la más esclarecida jurisprudencia de la República.

Más recientemente, el civilista José Melich Orsini, al manifestar su criterio sobre el punto concreto de la vigencia del decreto 5.200 de fecha 26 de

³² N° XI de las Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Editorial Sucre, año 1958.

febrero de 2007, que puso fin a los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, se inspira o más aún, sigue de lleno a Sánchez Covisa para negar que una norma de orden público pueda ser considerada retroactiva cuando se pronuncia sobre situaciones en curso.

71.- Primacía del orden público.

Melich considera que una correcta ponderación del *principio constitucional de la irretroactividad de las leyes frente al principio de la eficacia de las leyes de orden público* para extinguir de manera inmediata cualquier efecto futuro de contratos que se hayan celebrado bajo la vigencia de leyes precedentes, obliga a darle primacía a este segundo principio constitucional. Es decir, para el autor citado, en el eventual conflicto entre la irretroactividad de las leyes y la aplicación de una disposición de orden público, se inclina por esta última, aún cuando la misma hubiese estado en contraste con la primera.

Señala Melich que el radical efecto extintivo del Convenio de Asociación Cerro Negro, mediante el Decreto 5.200 resultaba categórico, pues Mobil Cerro Negro podría haber aceptado la opción que se le concedía para migrar a la nueva empresa mixta, pero era claro que, aceptara o no esta opción, el convenio de asociación Cerro Negro había sido “revocado” por el Decreto 5.200³³.

³³ Señala Melich que utiliza la expresión “revocado” por cuanto, la eficacia del Decreto 5.200 se basa en el mismo artículo 1159 del Código Civil que sirvió de fundamento en 1997 para darle eficacia al Convenio de Asociación Cerro Negro. El artículo en cuestión dice: “*los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden ser revocados, sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley*”. Es en dicho artículo en el cual se fundamenta la disolución de los contratos, tanto por el *mutuus dissensus* como por disolución, a veces con efecto *ex nunc* y otras veces con efecto *ex tunc*, como resulta de las causales de nulidad, resolución, rescisión, reciliación unilateral, etc.

No hay verdaderas ni fundadas dudas en doctrina de que, por otra ley posterior a la celebración de un determinado contrato pueda autorizarse la extinción del mismo. De allí que un Decreto con fuerza de ley como fuera el 5.200 podía autorizar, la disolución de todos los convenios de asociación.

72.- “La reserva es materia de orden público”

Señala Melich que la normativa contenida en todos los actos legislativos aplicables a la industria petrolera, se basaban en la *reserva al Estado del régimen aplicable a la industria de los hidrocarburos* y, en consecuencia, son disposiciones **de orden público constitucional**. En virtud de tal condición su aplicabilidad a las relaciones existentes debe armonizarse con el principio constitucional de la irretroactividad de las leyes.

Cuando se confronta el artículo 24 de la Constitución venezolana que señala: “*ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo excepto cuando imponga menor pena...*”, con el artículo 302 de la Constitución que reza: “*el Estado se reserva mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera...*”. y con las normas de la Constitución de 1961 vigente para la época en que se crearon los convenios de la Faja Petrolífera del Orinoco (1997), que contenían los mismos principios de la irretroactividad de las leyes (artículo 44) y de soberanía del Estado para reservarse el ejercicio de ciertas empresas y actividades económicas (artículo 97), se hace evidente que el principio de la irretroactividad de las leyes no puede invocarse para argumentar que la Ley de Hidrocarburos de 2001 y los

sucesivos actos legislativos o decretos que fueron dictados no podían modificar o extinguir situaciones jurídicas, según la cual se habían celebrado los convenios de asociación.

El principio de la irretroactividad de las leyes y el de la potestad soberana del estado para disponer nacionalizaciones, tienen idéntico rango constitucional. De allí que el **derecho soberano del Estado** de reservarse para sí una determinada actividad económica en cualquier momento, debe privar sobre el principio de irretroactividad, porque su aplicación deriva de la nueva valoración del interés colectivo al momento de establecerse esa nueva normativa que, según la recta interpretación de lo que condujo a la “*reserva al Estado*”, habrá de regir en el futuro.

En su “*Doctrina General del Contrato*” el autor citado³⁴ ha resumido la cuestión en la siguiente forma: La idea del orden público tiene entre sus finalidades poner una valla al principio de la irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 24 de la Constitución y reiterado en el artículo 3 del Código Civil .

Las leyes por disponer para el futuro, no pueden alterar los derechos adquiridos, sin embargo, ninguna persona puede tener irrevocablemente derechos adquiridos contra una ley de orden público. Este principio ha sido recogido por muchos códigos vigentes, entre ellos el artículo 5 del Código Civil argentino. Es indudable que no puede perdurar una situación jurídica contraria a los principios fundamentales del Estado.

³⁴ MELICH ORSINI, José “Doctrina General del Contrato”. 4ta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61, Caracas. 2006.

73.- “Ratio” del orden público.

Las normas de orden público son aquellas que encarnan en un momento dado el concepto objetivo de justicia que rige en una colectividad humana. Al establecer una norma de orden público, el Estado determina el “*deber ser*” forzoso e imperativo que exige en ese momento la conciencia jurídica colectiva. Por el contrario, las normas de derecho voluntario regulan las materias sobre las cuales la comunidad jurídica no posee un concepto imperioso de lo “*justo*”, por lo cual, prefiere dejar libre esfera de acción a la voluntad autónoma de los particulares, poniendo su poder coactivo al servicio de lo convenido por ellos. Ejemplo: el estado moderno cree que una jornada obrera de más de ocho horas contradice lo objetivamente justo, estableciendo coactivamente la jornada máxima de ocho horas; mientras que deja a la autonomía de la voluntad el hecho de que el contrato sea a plazo fijo o indeterminado; que se pague por horas o a destajo.

Determinado el carácter de orden público de una norma, hay que aplicarla a todas las relaciones existentes, sin considerar si ellas son efectos que se han producido con anterioridad a su entrada en vigor y con fundamento a una ley antigua que alude a la existencia de derechos adquiridos.

74.- El orden público como límite a la irretroactividad de las leyes

Uno de los efectos de la calificación de orden público es de constituir un límite al principio de la irretroactividad de la ley consagrada en el artículo 24 de la Constitución y reiterado en el artículo 3 del Código Civil.

En sentencia de fecha 15 de febrero de 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se adhirió a la tesis de Sánchez Covisa sobre los supuestos en que una ley es retroactiva por vulnerar derechos adquiridos. Se recordaron así los cuatro supuestos hipotéticos que Sánchez Covisa se planteara y que son los siguientes:

1.- Cuando la nueva ley afecta la existencia de un supuesto de hecho que se verificó antes de su entrada en vigencia, y afecta también las consecuencias jurídicas subsiguientes de tal supuesto;

2.- Cuando la nueva ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho que se verificó antes de su entrada en vigencia;

3- Cuando la nueva ley afecta las consecuencias jurídicas pasadas de un supuesto que se consolidó antes de su entrada en vigencia;

4.- Cuando la nueva ley solo afecta o regula las consecuencias futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia.

Vamos a sintetizar los cuatro supuestos:

El primer supuesto es el más severo porque la ley nueva afecta a un supuesto anterior a su vigencia y a las consecuencias de ese supuesto anteriores a su vigencia.

El segundo se trata de la ley que afecta solo al supuesto de hecho nacido antes de su vigencia.

La tercera se refiere a las consecuencias jurídicas pasadas de un supuesto anterior, ambos (la consecuencia y el supuesto) a su vigencia.

El último caso es de la ley que solo afecta las consecuencias futuras de un supuesto que nació antes de su vigencia.

Es indudable que los tres primeros supuestos implican efectos retroactivos porque afectan la existencia misma de situaciones que ya habían nacido o bien las consecuencias ya consolidadas que se verificaron antes de su vigencia. Todo lo anterior contradice el principio jurídico “*tempus regit actum*”.

La última hipótesis no es fácil de resolver y es en ella donde habrá de analizarse si la norma jurídica es una norma de orden público o no lo es. Si se trata de una norma que no puede renunciarse o relajarse por voluntad de las partes la legislación nueva puede válidamente y sin ser retroactiva regular las consecuencias futuras de las relaciones existentes, siempre que se respeten los hechos y efectos del pasado.

La razón del carácter de orden público radica, entre otras circunstancias, en que las normas legales no pueden permanecer invariables en el tiempo, como si que se deben adecuar a los cambios que surjan. La puesta en vigor de una norma de orden público significa que un nuevo concepto objetivo de justicia es una exigencia imperiosa de la colectividad en un determinado sector de la vida social. Con este razonamiento se observa que las normas que se apliquen a situaciones nacidas bajo un régimen anterior, podían ser modificadas, es decir es evidente que sí podía regular los efectos futuros de dicha situación, al punto de declarar su extinción por considerarla que era contraria al nuevo orden público por dicha norma establecida.

III.-BUSQUEDA DE UN SISTEMA SUSTITUTIVO DEL ARBITRAJE DE INVERSION ACTUALMENTE EXISTENTE.

75.- Inconvenientes del arbitraje de inversión.

La existencia del arbitraje de inversión tal como está planteada en los momentos actuales, significa un grave riesgo para Venezuela y para los restantes países anfitriones de inversionistas extranjeros que, como ella, han dictado decisiones de carácter nacionalista con relación a sus recursos naturales, las cuales han sido objeto de injustas y exorbitantes reclamaciones ante los tribunales arbitrales, fundamentalmente, ante el CIADI.

Los principales inconvenientes que el arbitraje de inversión posee está en los siguientes elementos que se enuncian a continuación:

a.- Los tribunales arbitrales **no son permanentes**, lo cual quiere significar que se constituyen para dirimir una controversia específica y luego, cesa su existencia, que está dada solo para cada caso concreto.

De lo anterior deriva que los árbitros en los arbitrajes de inversión *no son jueces de carrera; no son funcionarios de ningún estado ni de ningún organismo*, sino simples particulares que en forma casual tienen en sus manos, a través del arbitraje, la decisión de problemas que pueden ser esenciales en la vida de los estados. Este hecho de que los árbitros no sean jueces verdaderos y propios, les hace perder a la función que ejercen, la majestad que exige la justicia.

Por otra parte, al no estar incorporados a un sistema que les acuerde su status, los árbitros *no tienen una carrera que tutelar*. De allí que no necesiten ser guardianes de un prestigio profesional que puedan perder con una decisión desatinada y, al mismo tiempo, nadie posee potestad disciplinaria sobre ellos para sancionarlos en los casos en los cuales su conducta, incluso, sus decisiones, estén viciadas.

Finalmente, esta misma naturaleza de *tribunales transitorios*, hace que *sus decisiones no sean consideradas como fuentes del Derecho* y, específicamente, como una fuente supletoria en el campo jurídico como lo es la jurisprudencia.

b.- *Los procedimientos de los tribunales arbitrales son largos, costosos e impredecibles*. Ante todo, la sola constitución del tribunal arbitral lleva un tiempo considerable porque las partes buscan en la lista de los árbitros aquellos que hayan manifestado opiniones o hayan asumido decisiones favorables en una cuestión análoga a la que estará en debate. Una vez designados los árbitros de las partes, está el problema de la designación del Presidente, para lo cual es muy difícil conseguir un acuerdo. A falta de éste, los Presidentes son elegidos por los organismos de sustento del arbitraje. Así: por la Cámara de Comercio Internacional; por el CIADI; o por el secretario de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya en el caso de las Reglas de la CNUDMI³⁵. Esta designación del Presidente generalmente obedece a la escogencia limitada de un cierto número de árbitros que operan como un

³⁵ En efecto, a falta de acuerdo entre las partes, el Presidente del tribunal Arbitral es nombrado, por lo que respecta a la Cámara de Comercio Internacional por la Corte Internacional de Arbitraje, una dependencia de ésta. En el caso del CIADI la selección corresponde a la Secretaría General de dicho Centro; y con respecto a las Reglas de la CNUDMI, el nombramiento lo hace el Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.

estricto club de expertos. Generalmente, la escogencia recae sobre ellos por considerarlos como los más conocedores o con mayor experiencia en la materia. Es así como se crea un círculo vicioso que hace que siempre se estén llamando a los mismos sujetos con las mismas tendencias en el campo jurídico y político.

c.- *Los laudos arbitrales* en vista de que son dictados por Cortes independientes que no forman parte de un sistema judicial muchas veces *resultan contradictorios entre sí*. Esta inconsistencia radica en que un determinado problema decidido en una forma específica, puede ser objeto de una decisión contraria por parte de una nueva corte que se constituya. Esto le quita seguridad jurídica al sistema.

d.- Por otra parte, en los sistemas arbitrales existentes hasta ahora, *no está prevista la apelación*, incluso, la característica diferencial que se señala con orgullo entre el arbitraje y el proceso judicial, radica en que en el arbitraje no existe alzada. Ahora bien, la señalada condición es la negación del derecho a la defensa, por cuanto en materia procesal, toda decisión, salvo excepciones que emergen de la propia naturaleza del caso, es objeto de revisión mediante el recurso de apelación.

e.- Otra de las objeciones que se hacen al arbitraje es que los *árbitros*, aún cuando sean ilustres juristas cargados de méritos de toda índole, *desconocen sin embargo, la realidad de los países demandados y son en su gran mayoría defensores a ultranza de los inversionistas extranjeros*. Muchos de ellos han sido sus abogados o asesores, ya que las empresas demandantes son generalmente, las grandes empresas transnacionales que quieren contar con

la asesoría de los mejores abogados del mundo. Justamente, los árbitros han sido llevados a tal condición por su alto desempeño en el campo jurídico, por lo cual, en una u otra forma, son siempre requeridos por las empresas trasnacionales.

f.- Específicamente, *en el caso de CIADI se le imputa a dicho organismo el estar afiliado al Banco Mundial* y aún cuando esta afiliación sea tenue, y parece no crear una dependencia funcional, siempre se plantea la duda de que los tribunales arbitrales que bajo su nombre se constituyan, operan como apéndices de dicho Banco.

g.- Los tribunales de arbitraje *no se regulan por las pautas de los Códigos de Procedimiento Civil* que, como es el caso del venezolano, configuran una sabia recopilación de preceptos garantísticos sobre la transparencia del proceso, la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes ante ellos.

h.- Los tribunales arbitrales configurados a través de organizaciones como pueden serlo el CIADI o la Cámara de Comercio Internacional obligan *al país llamado en causa a litigar en territorio extranjero*, que es generalmente, la sede de su adversario, en un idioma extranjero y con una normativa ajena a la propia.

76.- Cuestionamiento del CIADI y de otros centros de arbitraje.

Actualmente están seriamente cuestionadas las actuaciones de los arbitrajes ante el CIADI, por cuanto las estadísticas revelan que los laudos que los mismos dictan, son mayoritariamente favorables a los inversionistas y que incluso, existe un injusto tratamiento de los Estados que han sido y son demandados. En igual sentido, aún cuando sean menos conocidos, ya que, algunos llegan a ser incluso secretos, están los procedimientos que se ventilan bajo las reglas de la CNUDMI, o en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, o ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, que son otros Centros de arbitraje utilizados por los países Latinoamericanos.

La situación en consecuencia, se va cargando cada vez más de argumentos y sentimientos contrarios al arbitraje de inversión, tal como en los momentos actuales está concebido. Es así como en el caso del CIADI hay varios sectores interesados en su reforma.

77.- Eventuales reformas del CIADI.

La reforma del CIADI ha sido enfocada en el sentido de que se den los pasos que a continuación se señalan:

1.- Que el CIADI se separe del Banco Mundial para eliminar la antes señalada reacción nociva de los Estados ante el hecho de la eventual vinculación con el mismo;

2.- Que el CIADI se constituya en un tribunal permanente, ó conforme varios tribunales permanentes;

3.- Que se establezcan procedimientos claros y transparentes y se eliminen las lagunas, sobre todo la que atañe a la regulación de la fase fundamental del proceso (esto es, la decisión de las llamadas cuestiones previas, en especial de la jurisdicción);

4.- La consagración de la apelación o la ampliación del recurso de nulidad contra el laudo para hacerlo más flexible.

Entre las manifestaciones contra el CIADI, que en los momentos actuales se han efectuado, están la de Bolivia inicialmente, y, más tarde, la de Ecuador. Así, se ha comenzado por restringir las materias de las cuales pueden conocer las cortes arbitrales que dependen de dicho organismo, e incluso, se ha llegado, como es el caso de Ecuador, a denunciar el convenio y retirarse del CIADI. Se está en estos momentos en la búsqueda de una solución sustitutiva del arbitraje internacional.

78.- Propuestas sustitutivas del arbitraje internacional.

Las posibilidades de sustituir el arbitraje internacional para tener tribunales más transparentes y justos destinados a dilucidar las controversias derivadas de la inversión, son las siguientes:

a.- La creación de jueces asociados en los Máximos Tribunales Nacionales. En el año de 1999 en el voto salvado que presentara contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de agosto de 1999, en materia de apertura petrolera, sugería la conformación, para decidir los

conflictos en materia de inversiones contra los Estados, de jueces asociados al Máximo Organismo Jurisdiccional.

La figura del *juez asociado* existe en el Capítulo III (De los Asociados y Relatores) del Título I (De los órganos judiciales) del Código de Procedimiento Civil venezolano, artículos 118 al 124. Se trata de la posibilidad en cualquier instancia de que el tribunal se constituya con dos jueces más, para dictar la sentencia definitiva. Con tal sistema se propicia la celeridad de la decisión, y la incorporación de juristas ilustres e imparciales, propuestos por la contraparte de la República, lo cual fortalece la transparencia de la causa.

La figura del juez asociado existe en el Código de Procedimiento Civil, como antes se señalara, que prevé la posibilidad de que a los jueces se añadan jueces designados por las partes, en forma tal que en el caso del arbitraje de inversión, los inversionistas extranjeros tendrían mayor confianza en un tribunal que queda configurado con otros jueces diferentes a los nacionales. Esta solución siempre me ha parecido favorable y podría ser objeto de una normativa que regule la conformación de los tribunales asociados para conocer de los diferendos entre los Estados y los inversionistas. Habría que proceder a elaborar esa normativa.

79.- Creación de un tribunal supranacional

b.- Una segunda solución estaría dada por la *creación de un tribunal supranacional*, con respecto a lo cual existen algunas experiencias en el campo del Derecho Internacional. Así, está el modelo de la *Corte*

Internacional de Justicia, con sede en La Haya, que es un organismo de las Naciones Unidas, que conoce de las controversias en materias que corresponden a la soberanía de los Estados. Otro modelo es el *Tribunal del Acuerdo de Cartagena*, que es un tribunal regional creado para servir a la Comunidad Andina y resolver los conflictos planteados entre los Estados integrantes de dicha Comunidad. Está integrado por 5 jueces y tiene su sede en Quito, Ecuador. De igual forma, está el caso del *Tribunal Administrativo de la OIT* con sede en Ginebra, que conoce de las cuestiones en materia funcional de los empleados de los organismos de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales, por cuanto dicho tribunal tiene jurisdicción abierta. Otro modelo, es el de de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que tiene un Tribunal Arbitral. Existe también el Tribunal de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) que tiene su sede en Ginebra. Otros tribunales de naturaleza regional, se encuentran sobre todo en África, así como el modelo de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, ubicados en Estrasburgo (Europeo) y otro en San José de Costa Rica (Corte Interamericana). Igualmente tenemos el Tribunal Penal Internacional derivado del Convenio de Roma, que tiene su sede en La Haya.

¿Qué significa todo lo anterior? Todo lo anterior significa que el *tabú*, de que no podía comprometerse en tribunales fuera de su territorio la jurisdicción del Estado, por cuanto la misma es un elemento de su soberanía, ha ido atenuándose. La primera limitación, ha sido la creación de un Tribunal Internacional para dirimir los conflictos más graves planteados entre Estados como tales y que opera como un organismo de las Naciones Unidas. Este tribunal sin embargo, se niega a admitir los recursos de personas que no sean sujetos de Derecho Internacional Público, y naturalmente, que se basen en

causas consideradas ajenas a los conflictos entre poderes soberanos, como lo son los relativos a los límites, fronteras, inmigración, etc.

Posteriormente, surgieron Tribunales de ámbito multiestatal, e incluso, supraestatal, algunos surgidos *ratione loci*, es decir en virtud del territorio, que son aquellos que se formaron para atender a las controversias de los Estados incorporados a un sistema regional, comunitario, integracionista, o bien, otros surgieron por razones de la materia exclusivamente, independientemente del territorio, para operar en ámbitos específicos como lo son la propiedad intelectual, o los derechos funcionariales de los integrantes de los Organismos Internacionales, o bien la aplicación de determinados acuerdos regionales rectores, esto es, reguladores de Estados ubicados en una misma esfera geográfica. Entre todas estas manifestaciones, y al divulgarse la inversión internacional, regulada por Tratados de Inversiones, la mayoría de ellos bilaterales, pero algunos multilaterales, surgió la necesidad de un tribunal que conociera de los conflictos entre los Estados y los inversionistas. Es así como se da la anomalía de que, un organismo jurisdiccional regulado por un Tratado entre dos Estados, va a ser el tribunal competente para conocer de las reclamaciones de un inversionista de uno de los Estados que suscribieron el tratado en contra del otro Estado. Es decir que, el Estado parte en el tratado, no es el que va a actuar como demandante o actor, sino que, tal legitimidad solo la ostentan los inversionista de dicho Estado. Es así como nace el arbitraje internacional de inversión.

Las solas premisas que hemos enunciado, nos permiten anticipar que un sistema que se yergue sobre los postulados antes aludidos, no podía ser favorable al Estado anfitrión, es decir aquel que acoge la inversión extranjera,

por cuanto él no suscribió un tratado para privilegiar a los inversionistas extranjeros, permitiéndoles accionar en su contra por vía de arbitraje. Es decir, que la figura del arbitraje de inversión es desde su punto de partida asimétrica. Lo es más aún si se le agrega a lo antes enunciado, los inconvenientes que los tribunales arbitrales poseen y a los cuales hemos aludido.

Ahora bien, cuando se piensa cambiar este sistema que, es en cierta forma perverso, por otro que sea más equilibrado, caemos en la duda de qué clase de organismo jurisdiccional puede ser creado con suficiente credibilidad y seguridad de que sea un órgano de justicia para ambas partes en conflicto.

80.- Creación de un Centro Regional de Arbitraje.

c.- Una de las soluciones que ha sido propuesta en sede de la UNASUR, es la creación de un centro regional de arbitraje.

¿Qué significa crear un centro regional de arbitraje? La sola denominación de “*centro*” revela que el modelo que se ha tomado en cuenta es el CIADI. Es decir, que no se va a crear un tribunal para que se constituya en forma permanente y decida la controversia, sino que se va a crear un instituto para que “*administre*” la formación de organismos con potestad jurisdiccional para dirimir las controversias entre los Estados y los inversionistas. Cuando se habla de centro, se está hablando de una primera fase que es la creación de un ente, del cual van a depender administrativamente los tribunales destinados a dilucidar las controversias en materia de inversiones.

81.- Creación de varios tribunales regionales.

Al respecto queremos opinar señalando que, crear un centro al estilo CIADI, no es sino crear una burocracia internacional, que en definitiva, como toda burocracia va a ser lenta y pesada con relación a lo que debe decidir, que es al efecto la formación de los tribunales. Es preferible entonces eliminar este paso inútil, y proceder de inmediato a la **creación de varios tribunales regionales**, mediante un tratado que suscriban la mayoría de los países Latinoamericanos que están afectados por la plaga de los arbitrajes internacionales. Estos países son fundamentalmente de abajo hacia arriba: Argentina, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Cuba, Nicaragua (y otros países que los expertos en la política centroamericana, nos señalen como seguros adherentes). Igualmente debería tratar de conseguir el apoyo de Brasil y de México.

Este Tratado, debería comenzar por propiciar la creación de un primer Tribunal Arbitral, que debería estar ubicado en Venezuela, que por su ubicación geográfica, y la facilidad de acceso que nuestro país posee, facilita las actuaciones.

Es decir que, recomendamos que no se proceda a la creación de un centro de arbitraje, sino directamente a la de un Tribunal Permanente de Arbitraje que se llame Corte Permanente de Arbitraje de Latinoamérica, la cual, estará conformada, por tres Magistrados, y **se constituirá con dos asociados**, es decir con dos jueces propuestos por la contraparte. Lo permanente son los jueces naturales que integren la Corte (tres jueces) y los asociados deberán ser escogidos de una lista que elaborará la Presidencia del

Tribunal y que proporcionarán las Cancillerías de los países miembros, entre juristas de claros méritos que no funjan como abogados asesores de las empresas transnacionales, ni sean miembros de los Directorios bancarios, ó pertenezcan a los grandes Bufetes Internacionales.

Una de las mayores novedades del sistema propuesto, está en la integración que es obligatoria del tribunal arbitral, con jueces asociados postulados por la parte demandante, pero de las listas proporcionadas por los Estados.

82.- Conclusiones

De acogerse la tesis propuesta de la creación de un Tribunal Regional de Arbitraje Internacional de Inversiones, quedará en manos de los organismos políticos, gestionar la adhesión al Tratado del mayor número posible de países latinoamericanos, sobre todo convencer a países como Brasil y México, de las ventajas que un tribunal de esta índole tendría. Por lo que atañe a la apelación, no puede establecerse la regla de la inapelabilidad de la decisión, sino que, por el contrario, estaría prevista la apelación ante la Corte Internacional de la Haya, temporalmente, esto es, hasta tanto se pase a la segunda fase del sistema que estaría constituida por la creación de un Tribunal de Apelaciones.

83.- Condiciones de los jueces.

Los jueces deberán ser designados por la vía diplomática, es decir, a través de las Cancillerías, y mediante las reuniones de los Cancilleres de los

países signatarios, se propondrán a los candidatos que deberán tener los siguientes requisitos:

1.- De profesión abogados.

2.- Que reúnan las mismas condiciones que en cada país se establezcan para ser Magistrados del más Alto Tribunal.

3.- La misma condición señalada, precedentemente para los Asociados, está presente para todos los candidatos a Magistrados, esto es que se trate de juristas de claros méritos (postgrados, o desempeño de cargos en el ámbito jurídico de muy alto nivel: Procuradores, Fiscales). El requisito negativo es exigido en forma absoluta, y es no haber sido abogados asesores de las empresas trasnacionales, ni miembros de los Directorios bancarios, ó pertenecientes a los grandes Bufetes Internacionales.

IV.- ALGUNOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN, PARTICULARMENTE SIGNIFICATIVOS PARA VENEZUELA

84.- Acuerdo sobre Incentivos para las inversiones entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de los Estados Unidos de América.

Fecha. El convenio fue suscrito el 22 de junio de 1990, publicado en la Gaceta Oficial N° 34.511 el 17 de junio de 1990.

Motivación. Está en el preámbulo del convenio que fija como razones para su concertación las siguientes: 1) Deseo de facilitar e incrementar la participación de las empresas privadas en actividades económicas destinadas a promover el desarrollo de los recursos económicos y la capacidad de producción de Venezuela; 2) proporcionar seguros (incluido reaseguros) y garantías de inversiones que están respaldados por el crédito y fondos públicos de los Estados Unidos de América y administrado por la Overseas Private Investment Corporation, organismo estatal autónomo.

Configuración y contenido del acuerdo. Está constituido por siete artículos.

El artículo 1 define “cobertura”; “entidad emisora”.

El artículo 2, delimita el ámbito de los procedimientos establecidos en el acuerdo, solamente con respecto a las coberturas de los proyectos o actividades registrados con el gobierno de Venezuela o aprobados por el, o coberturas relativas a proyectos, con respecto a los cuales el gobierno de

Venezuela o cualquiera de sus organismos, haya firmado un contrato que incluya la provisión de bienes y servicios, o solicitado ofertas pertinentes.

El artículo 3 alude a la transferencia de créditos, bienes e inversiones, indicando las leyes que regirán la cobertura emitida fuera de Venezuela.

El artículo 4 alude al supuesto de que las leyes de Venezuela invaliden o prohíban la adquisición por la entidad emisora de cualquier interés de una parte amparada por la cobertura sobre cualquier propiedad que se encuentre en el territorio de Venezuela, señalando que Venezuela permitirá concertar los arreglos necesarios para transferir los intereses a una entidad autorizada para poseerlo, conforme a las leyes de Venezuela.

El artículo 5 señala que el gobierno de Venezuela otorgará a la sumas en monedas del curso legal en Venezuela, incluidos los créditos adquiridos por la entidad emisora, en virtud de la cobertura, un tratamiento que no puede ser menos favorable que el que se otorga a los que están cubiertos con las leyes de Venezuela.

El artículo 6 se refiere a que toda diferencia entre el gobierno de Venezuela y el de los Estados Unidos relativa a la interpretación del acuerdo que plantee una cuestión de Derecho Internacional Público que emane de cualquier proyecto o actividad que tenga COBERTURA, se debe resolver mediante negociaciones. Se señala que a la expiración de los tres meses a partir de la fecha de las negociaciones, si la diferencia no ha sido resuelta, a iniciativa de cualquiera de las partes, incluso, si ha sido planteada una cuestión de Derecho Internacional Público, ocurrirá a un tribunal arbitral. Solo se

actuará ante el tribunal arbitral, cuando se hayan agotado previamente las apelaciones y los recursos administrativos y judiciales disponibles en Venezuela. Se establece la forma como se constituirá y funcionará el tribunal arbitral, señalando al efecto que cada gobierno nombrará un árbitro y éstos, de mutuo acuerdo, designarán al Presidente, que deberá ser ciudadano de un tercer Estado. En caso de que transcurridos los plazos establecidos, no se pudiese designar a los árbitros, cualquiera de los dos gobiernos solicitará del Secretario General del CIADI que realice los nombramientos. Indica que el tribunal arbitral fundará su laudo en los principios y normas del Derecho Internacional y este será definitivo y vinculante. Quedan a salvo los estados de hacer valer sus reclamaciones con arreglo al Derecho Internacional en su condición de Estado soberano.

El acuerdo entrará en vigor en la fecha de su forma y hasta seis meses después del recibo de una nota en que una de las partes notifique a la otra la denuncia del acuerdo, pero las disposiciones sobre coberturas emitidas durante su vigencia, seguirán vigentes, pero en ningún caso después de transcurridos 20 años de la terminación del acuerdo.

85.- Convenio entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos.

Fecha: El Convenio fue suscrito en Caracas, el 22 de octubre de 1991; y aprobado mediante Ley Aprobatoria el 12 de mayo de 1993, la cual fue promulgada por el Presidente de la República el 06 de agosto de 1993, que es la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial 35.269/06-08-1993.

Nombre del Convenio: “*Convenio para el Estímulo y para la Protección recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de Venezuela y el Reino de los Países Bajos*”

Motivación: Está en el Preámbulo del Convenio que fija como razones para su concertación las siguientes:

- 1.-) Fortalecer los tradicionales vínculos de amistad
- 2.-) Intensificar las relaciones económicas entre los países
- 3.-) Intensificar las inversiones realizadas por los nacionales de una parte contratante en el territorio de la otra parte
- 4.-) El conveniente trato a las inversiones estimulará el flujo de capital y tecnología y el desarrollo económico,
- 5.-) El deseo de un trato justo y equitativo para las inversiones.

Configuración del Acuerdo: Está constituido por 14 artículos y un Protocolo que forma parte integrante del Acuerdo.

Contenido de los artículos: El artículo primero, define los términos utilizados en el Acuerdo. Al efecto: “*inversiones*”, “*nacionales*”, y “*territorio*”.

El artículo tercero, establece las modalidades como se estimulará y protegerá la inversión, señalando al efecto:

.- Garantía de un trato justo y equitativo a las inversiones de los nacionales de la otra parte contratante, sin obstaculizar mediante medidas

arbitrarias o discriminatorias la administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición por dichos nacionales.

.- **Otorgamiento a las inversiones de plena seguridad física y protección**, que no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales, o a inversiones de nacionales de cualquier tercer Estado “lo cual sea más favorable al nacional interesado”.

.- Si una parte ha otorgado **ventajas especiales a los nacionales de cualquier tercer Estado, en virtud de Convenios que establezcan: Uniones Aduaneras, Uniones Económicas, Uniones Monetarias o instituciones similares**, o en virtud de convenios internos que conduzcan a tales Uniones, la parte contratante no estará obligada a otorgar tales ventajas a los nacionales de la otra parte contratante.

La cláusula contenida en el ordinal tercero del artículo tercero de no otorgamiento de las ventajas derivadas de Uniones Económicas, es muy significativa ya que, excluye que se apliquen al Estado co-contratante, las ventajas derivadas de las Uniones bien sea Aduaneras, Económicas, etc.

.- El ordinal quinto, prevé la **aplicación al Estado co-contratante de las disposiciones generales que se dicten en el futuro** que sean más favorables.

Con relación a las **exoneraciones** derivadas de impuestos, derechos, cargas, desgravámenes y exenciones fiscales, si bien se les aplicará a los nacionales del otro Estado, las disposiciones que les sean favorables, **se hace**

la expresa exclusión, es decir non se les aplicará las ventajas derivadas **de los siguientes acuerdos**: a) *de un Acuerdo que evite la doble tributación*; b) *de una norma derivada de una Unión Aduanera, Económica o similar*; c) *de una ventaja derivada de la reciprocidad*.

Garantía de transferencia de pagos relacionados con inversión. Se garantiza la transferencia de los pagos relacionados con la inversión que serán efectuados en moneda de libre convertibilidad, y comprenderán lo siguiente: las utilidades, intereses, dividendos, fondos para la adquisición de materias primas; reemplazar activos, fondos adicionales, fondos para reembolso de préstamos, regalías, ingresos de personas naturales, productos de la venta o liquidación de la inversión.

Prohibición de expropiación o nacionalización: El artículo sexto, alude a la **prohibición de expropiación o nacionalización**, tanto de aquellas actuaciones que sean formalmente consideradas como tales, como las que tengan un efecto equivalente, salvo que se cumplan las siguientes condiciones: 1) que las medidas se tomen en el interés público y de acuerdo con el debido procedimiento jurídico; 2) que las medidas no sean discriminatorias o contrarias a un compromiso asumidos por la parte contratante; 3) que las medidas se tomen previo pago de justa compensación, la cual representará el *valor de mercado* de las inversiones afectadas inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público, cualquier que ocurra antes; incluirá: intereses a una tasa comercial normal hasta la fecha de pago, y a fin de hacerse efectivo para los reclamantes será pagada y hecha transferible sin demora indefinida de parte del país reclamado, y en contra de los reclamantes interesados, y en la moneda

del país del que los reclamantes son nacionales o en cualquier moneda de libre convertibilidad aceptada por los reclamantes.

Restituciones e indemnizaciones en casos de guerras o conflictos armados: El artículo 7 señala que, en caso de pérdidas en las inversiones a consecuencia de guerras u otros conflictos armados, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio público, la parte que sufra pérdidas, recibirá de la otra parte, el mismo trato que el Estado otorga a sus nacionales o a un tercer Estado, cualquiera que sea el más favorable.

Reconocimiento de la subrogación del asegurador en los derechos del Estado: Si el nacional de un Estado contratante, hubiese asegurado sus inversiones contra riesgos no comerciales, la subrogación del asegurador o reasegurador será reconocido por el Estado contratante.

Arbitraje ante el CIADI: El artículo 9, es el relativo al sometimiento al Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias relativas a Inversión, de las que surjan con relación a las inversiones, mediante arbitraje o conciliación. El artículo recuerda que la Convención del CIADI está abierta para la suscripción en Washington desde el 18 de marzo de 1965. Señala el artículo que si Venezuela no se hiciera parte de la Convención del CAIDI, sin embargo las controversias serán sometidas a dicho Centro bajo las “*Reglas que Rigen la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos por el Secretario del Centro*”.

Contenido y efectos del Laudo Arbitral: El ordinal tercero del artículo 9 señala que “*el laudo arbitral se limitará a determinar si existe un incumplimiento por la parte contratante de sus obligaciones bajo el presente Convenio, si tal incumplimiento de obligaciones ha causado daños al nacional interesado, y, en tal caso, el monto de la compensación*”. Por su parte, el ordinal cuarto del mismo artículo señala “*Cada parte contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el ordinal primero de este artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este artículo*”.

Fundamento del laudo arbitral. El ordinal quinto del artículo 9, señala sobre qué fuentes podrá basarse el laudo arbitral: 1) las leyes de la parte contratante respectiva; 2) las disposiciones del presente Convenio o demás Convenios pertinentes entre las partes contratantes; 3) las disposiciones de Convenios especiales relacionados con la inversión; 4) los principios generales del Derecho Internacional; y las normas jurídicas que pudieran ser convenidas por las partes de la controversia.

Resolución de controversias entre los Estados contratantes: El artículo 12 señala en el ordinal 1º: que cualquier controversia relativa a la interpretación o aplicación del Convenio que no pudiese ser resuelta dentro de un lapso razonable mediante *negociaciones diplomáticas*, será sometida, salvo que las Partes hubiesen convenido en otro procedimiento, y a solicitud de cualquiera de las Partes, a un Tribunal Arbitral integrado por tres miembros.

Señala la norma que cada Parte nombrará a un arbitrador, y los dos arbitradores nombrados de esta manera, conjuntamente, nombrarán a un tercero como Presidente, que no puede ser nacional de ninguna de las Partes. Si una de las Partes no nombrara a su arbitrador, o no hubiese procedido a hacerlo dentro de los dos meses a partir del requerimiento de la otra Parte, cualquiera de ellas podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que efectúe el nombramiento. Si éste último no pudiera cumplir su función, o fuere nacional de las Partes contratantes se invitará al Vicepresidente a que efectúe los nombramientos requeridos, y si éste no pudiere, se invitará a un miembro de la Corte que tenga la mayor jerarquía y no sea nacional de ninguna de las Partes para que haga el nombramiento. El Tribunal decidirá de acuerdo con la ley, y si antes de que decidiere, y en cualquier etapa del procedimiento, puede proponer a las Partes que la controversia se decida en forma amistosa.

Igualmente, salvo que las Partes decidan en sentido contrario, el tribunal adoptará sus propios procedimientos.

Esfera de aplicación del Convenio: Por lo que atañe al Reino de los Países bajos, el Convenio se aplicará a la parte del Reino ubicada en Europa, las Antillas Holandesas y Aruba.

Vigencia y decadencia del Tratado

Vigencia: a partir del primer día del segundo mes después de que las Partes se hayan notificado por escrito el cumplimiento de los requisitos

constitucionalmente requeridos en ambos países, durante un plazo de 15 años. Sin embargo, salvo que cualquiera de las Partes haya dado aviso con al menos seis meses de anticipación se producirá la prórroga tácita por al menos, 10 años más.

Las Partes contratantes se reservan el derecho de dar por terminado el Convenio, previo aviso con al menos seis meses de anticipación, de la fecha de vencimiento del plazo en vigencia en curso.

Las inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha de terminación, regirá para las mismas el Tratado o Convenio por otro período de quince años.

Protocolo.

El Protocolo que fuera suscrito en la misma fecha, establece lo siguiente:

Las Partes contratantes pueden exigir que los inversionistas presenten pruebas a fin de obtener los beneficios derivados del acuerdo. Pueden ser consideradas como pruebas las siguientes: a) que la persona jurídica sea una afiliada de una persona jurídica constituida en el territorio de la otra Parte contratante; b) que la persona jurídica sea económicamente subordinada en el territorio de la persona jurídica de la otra parte; c) que el porcentaje de su capital propiedad de personas naturales o jurídicas posibilite el control por parte de las “últimas”.

También se alude a qué se va a entender como **trato justo y equitativo**, indicando que merece ese trato el que sea el mismo que se otorga a los nacionales del país, o que obedezca a las normas de Derecho Internacional.

En caso de que exista alguna diferencia de interpretación entre los tres textos igualmente auténticos del Convenio, se tomará el texto en inglés como referencia.

86.- Acuerdo entre Venezuela y la República de Lituania.

Nombre: “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Lituania para la Promoción y Protección de Inversiones”

Fechas relevantes: El Acuerdo fue suscrito en Caracas el 25 de abril de 1995. La Ley Aprobatoria del Acuerdo fue sancionada el 16 de abril de 1996, y promulgada el 23 de julio de 1996, siendo publicada ese mismo día en la Gaceta Oficial Extraordinaria 5.080.

Motivación:

.- Intensificar relaciones de cooperación económica mutuamente ventajosas

.- Reconocimiento de que la promoción y protección recíproca de inversiones contribuyen al fomento de la iniciativa empresarial e individual y al flujo de prosperidad de ambas partes

Estructura del Acuerdo: El Acuerdo está constituido por 12 artículos.

El primer artículo se refiere a las “*definiciones*” de los términos más comúnmente empleados.

El artículo segundo, se denomina “*Promoción y admisión de inversiones*” y se limita a señalar que cada Parte contratante estimulará a los inversores de la otra parte, a realizar inversiones en su territorio, y admitirá dichas inversiones de conformidad con las Leyes y los Reglamentos.

El artículo tercero, alude a la protección y tratamiento de las inversiones, y establece las siguientes reglas:

1.-) Cada Parte asegura en todo momento y de acuerdo con los principios del Derecho Internacional, un trato justo y equitativo, así como plena seguridad y protección en su territorio a los inversores. Asimismo, ninguna Parte obstaculizará con medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, uso o disfrute de las inversiones realizadas por los inversores.

2.-) Cada Parte acordará a los inversores de la otra Parte un tratamiento que no será menos favorable que el que acuerde a sus propios inversores o a los de cualquier otro Estado.

3.-) Que las disposiciones obre Protección y Tratamiento de las inversiones, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una de las Partes a acordar a los inversores de la otra, el beneficio de un tratamiento preferencial, o privilegios acordados a los inversores de un tercer Estado, en virtud de: a) cualquier Unión Aduanera, Mercado Común, Zona de Libre Comercio, u otras formas de cooperación económica regional, actual o futura;

b) cualquier ventaja acordada en materia de doble tributación, o cualquier arreglo sobre la materia.

El artículo cuarto, en materia de expropiación e indemnización, señala que ninguna de las Partes contratantes, *“expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en lo sucesivo expropiación)”* contra inversores e inversiones de la otra Parte contratante en su territorio, a menos que: a) la expropiación sea por causa de interés público y se aplique el procedimiento legal debido; b) dicha expropiación se realice sin discriminación; y, c) se otorgue pronta, adecuada y efectiva indemnización.”

Una segunda norma en materia de expropiación, señala que la indemnización será equivalente al valor de mercado de la inversión afectada, inmediatamente antes de que ocurra la expropiación, o que la expropiación inminente pase a ser del conocimiento público y será pagada sin indebido retardo. La indemnización incluirá un interés a la tasa vigente del mercado en la fecha de la expropiación.

De inmediato, el número tres del artículo cuarto señala que *“los inversores cuyos activos sean expropiados tendrán derecho a una pronta revisión de parte de las autoridades judiciales o administrativas de la Parte expropiadora, para determinar si dicha indemnización y cualquier otra resultante, se conforma a los principios del presente artículo y a las leyes de la Parte expropiadora”*.

El punto cuatro del artículo 4, alude a los daños sufridos por los inversionistas como consecuencia de un conflicto armado, estado de

emergencia, insurrección o motín, reconociéndoles un tratamiento “*no menos favorable que el acordado a inversores de cualquier tercer Estado*” y señalando que la indemnización se pagará sin ningún retardo.

El artículo quinto habla de las transferencias que podrán hacer los inversores a sus países en monedas de libre convertibilidad, en forma particular cuando se trate de capital y sumas adicionales para el mantenimiento o la ampliación de la inversión, de ganancias, utilidades o dividendos e intereses u otros ingresos; del importe de la liquidación total o parcial de la inversión; de fondos para el reembolso de deudas contraídas directamente relacionadas con la inversión; de indemnizaciones según lo dispuesto en los casos de expropiación y nacionalización; y de las remuneraciones de los Directores, Gerentes, Asesores y Técnicos de una de las Partes.

Señala la norma que las transferencias en moneda de libre convertibilidad se efectuarán sin retardo indebido.

El capítulo IV habla de subrogación en el caso de garantías otorgadas en beneficio de la inversión. La regulación resulta análoga a la contenida a este respecto, en el Acuerdo con el Reino de los Países Bajos.

Por lo que atañe a las controversias entre un Estado contratante y un inversor de la otra Parte, así como de las controversias entre Estados contratantes, su regulación es exactamente igual al Tratado entre Venezuela y el reino de los Países Bajos.

Se establece la prevalencia de las leyes internas de las Partes contratantes, cuando son más favorables que las del Acuerdo.

Con relación a las consultas e intercambio de información, la norma tiene el mismo contenido y efecto que la norma contenida en el Tratado con el Reino de los Países Bajos, es decir no se señala a quién debe formularse la consulta ni si el resultado de la misma tiene efecto vinculante.

El artículo 11, prevé la enmienda del Acuerdo en la forma que establezcan las Partes contratantes. Con respecto a la entrada en vigor, vigencia y terminación del Acuerdo, se aplican las mismas reglas que en el Tratado con el Reino de los Países Bajos.

87.- Acuerdo entre Venezuela y Costa Rica.

Fechas: La concertación del Acuerdo fue el 17 de marzo de 1997; la sanción de la Ley Aprobatoria el 12 de diciembre de 1997, la promulgación fue el 28 de enero de 1998, y la publicación en la Gaceta Oficial 36.383 del 28 de enero de 1998.

Nombre del Acuerdo: *Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*

Motivación: Mantener condiciones favorables para que las inversiones contribuyan al progreso tecnológico y el bienestar de los pueblos, así como las relaciones de cooperación y amistad entre ellos.

Definiciones: El Capítulo primero se destina a definir los términos inversionista, inversiones y territorio.

Protección de las inversiones: Cada Parte se compromete a otorgar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones y plena protección, absteniéndose de obstaculizar con medidas arbitrarias o discriminatorias su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación.

El artículo 4 se denomina Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida, principios que desarrolla en la siguiente forma:

El tratamiento que se dé a las inversiones de la otra Parte “no será menos favorable que el que acuerde a la de sus propios inversionistas, ni a las de inversionistas de cualquier tercer Estado”.

Excepción: se establece que el tratamiento no se extenderá a los privilegios que una Parte contratante conceda a los inversionistas de un tercer Estado, en virtud de su asociación en instituciones de integración económica. Igualmente el tratamiento nacional no se extiende a los privilegios fiscales destinados a evitar la doble imposición, o cualquier otro acuerdo en materia de tributación. Entre el trato nacional y la Nación más favorecida, la Parte aplicará el trato que sea más favorable a la inversión.

El artículo 5 se destina a la expropiación, señalando lo siguiente:

1.- No se expropiarán las inversiones de la Parte contratante, ni se le aplicarán medidas equivalentes, a menos que sea por causas de interés público de acuerdo con la Ley, de manera no discriminatoria y mediante pronta adecuada y efectiva indemnización.

2.- La indemnización se fundará en el justo precio que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación fue anunciada, o se hizo del conocimiento público.

3.- La indemnización incluirá los intereses hasta el día del pago “*calculados sobre la base de criterios comerciales usuales*”. Se abonará sin demora en moneda convertible y será “*efectivamente realizable y libremente transferible*”.

4.- El inversionista afectado, tendrá derecho a la pronta revisión por parte de la autoridad judicial, para determinar si la inversión expropiada, y el monto de la indemnización, se han sometido a los principios establecidos “en este artículo” (artículo 5).

Hay una excepción general, relativa al caso de que el acceso a un mercado extranjero de un bien producido en el país contratante, sea sometido a una limitación cuantitativa, no se aplicará el Acuerdo en la distribución de las cuotas correspondientes de exportación que haga dicha Parte.

El artículo 7, alude a la indemnización por pérdidas derivadas de guerras, conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia u otros hechos similares. En tales casos se les concederá a título de restitución, indemnización o compensación, un tratamiento igual al que reciban sus

inversionistas, o los de cualquier tercer Estado, prefiriéndose el que resulte más favorable.

El artículo 8 se refiere a las transferencias, las cuales serán permitidas sobre todos los pagos relacionados con la inversión, los cuales se anuncian de forma no taxativa (capital inicial, fondos necesarios para el reembolso de préstamos, indemnizaciones previstas por expropiación o limitaciones cuantitativas, el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión y los resultantes de la solución de controversias).

Las transferencias se realizarán en moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente al día de la transferencia. Las partes pueden impedir la realización de transferencias, cuando en sus legislaciones, se trate de los siguientes casos: a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; b) incumplimiento de normas relativas a emisión o comercio de valores; c) infracciones penales o administrativas; e) incumplimiento de las normas relativas a recortes o transferencias de divisas; f) garantía del cumplimiento de sentencias o laudos dictados en un proceso contencioso; y, g) establecimiento de los instrumentos o mecanismos necesarios para asegurar el pago del Impuesto sobre la Renta, tales como retención del monto relativo a dividendos.

Hay una excepción sin embargo, a la libertad de transferencia, en casos de dificultades graves en la balanza de pagos. La limitación deberá ser temporal y en forma equitativa y no discriminatoria.

El artículo 9 alude a la circunstancia de que, entre las Partes contratantes resultare una Reglamentación general o especial, en virtud de la cual deba concederse a las inversiones un trato más favorable que el previsto en el Acuerdo, “*tal Reglamentación prevalecerá sobre el mismo*” en cuanto sea más favorable.

Hay una cláusula de subrogación en los aseguradores o reaseguradores.

Por su parte el artículo 11 contiene la solución de controversias entre un inversionista y un Estado Parte, se escogió una primera vía que debería llegar a un acuerdo amistoso, y en el caso de que no pudiese ser resuelta en tal forma en un plazo de 6 meses, a partir de la fecha de la notificación del inversionista, efectuada en la forma más detallada posible, el mismo podrá someter la controversia a los tribunales competentes de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o bien a un procedimiento arbitral de acuerdo con una serie de disposiciones que se enuncian en la siguiente forma:

1.- Al CIADI si el Estado demandado se hubiere adherido al mismo; en caso de que una de las Partes contratantes hubiese dejado al CIADI, deberá seguirse el mecanismo complementario que está a cargo de la secretaría del CIADI.

2.- A un tribunal *ad hoc*, establecido de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI-UNCITRAL).

Señala la normativa, cuáles son los fundamentos que ha de tener la solicitud de arbitraje, que son las disposiciones del Acuerdo que se analiza, y

la de otros acuerdos suscritos por las Partes; el derecho nacional de las Partes contratantes, en cuyo territorio se ha realizado la inversión, y las reglas y principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional.

El laudo arbitral se limitará a determinar si la Parte contratante ha cumplido el Acuerdo que se comenta; si tal incumplimiento ha causado daños al inversionista, y en caso afirmativo el monto de la indemnización correspondiente.

Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las Partes de la controversia, y cada Parte se compromete a ejecutar la sentencia de acuerdo con su legislación.

Está prohibido a las Partes utilizar la vía diplomática, una vez que las controversias hayan sido sometidas a arbitraje internacional, y la Parte contratante no podrá realizar gestión diplomática alguna al concluir la controversia, salvo que la Parte no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial.

Hay un artículo muy largo relativo a la solución de controversias entre Estados, donde se señala como vía para la solución de las mismas, la diplomática, y sólo si no pudiesen resolverse de tal modo en los 6 meses siguientes a las negociaciones deberá ser sometido a arbitraje. En el caso de que no sea posible designar al tercer árbitro por voluntad de las Partes tal tarea deberá efectuarla el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

Por lo que atañe a la aplicación, vigencia prórroga y denuncia del Acuerdo, se señala que el mismo se aplicará a las inversiones de una de las Partes en el territorio de la otra, realizada antes o después de su entrada en vigencia. En ningún caso sin embargo, el Convenio tiene efecto retroactivo ni será aplicable en hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia. La duración del Acuerdo es de 10 años, vencido el cual seguirá en vigencia indefinidamente, a menos que una de las Partes notifique a la otra por escrito la denuncia del Tratado con 12 meses de anticipación; pero aún en este caso sus disposiciones seguirán siendo aplicables por un período adicional de 10 años contados a partir de la notificación de su denuncia.

88.- Acuerdo entre Venezuela y Cuba.

Fecha: El Convenio fue suscrito en La Habana, el 11 de diciembre de 1996; y aprobado mediante Ley Aprobatoria el 20 de enero de 2004, la cual fue promulgada por el Presidente de la República el 05 de abril de 2004, que es la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial 37.913.

Nombre del convenio: *“Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección de Inversiones”.*

Motivación:

1.- Creación y mantenimiento de condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de cada Parte Contratante en el territorio de la

otra, contribuirá al progreso tecnológico y al bienestar económico de sus pueblos, así como al desarrollo de las relaciones de cooperación y amistad entre ellos;

2.- Asegurar a las inversiones seguridad jurídica y medios imparciales y eficientes para la solución de controversias.

Configuración de acuerdo: El Acuerdo esta constituido por 11 artículos y un Protocolo.

Contenido de los artículos:

Artículo 1: Este artículo presenta las definiciones de términos utilizados en el Acuerdo, tales como: “*Inversor*”; “*persona natural de una Parte Contratante*”; “*Inversiones*”; y “*territorio*”.

Artículo 2: El artículo 2 señala el ámbito de aplicación del Acuerdo, esto es, a las inversiones efectuadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante antes o después de su entrada en vigencia, pero no será aplicable a las controversias que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigencia.

Artículo 3: Este artículo establece que cada parte contratante promoverá y admitirá en su territorio, de conformidad con su legislación, las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.

Artículo 4: El artículo 4 se refiere al tratamiento de las inversiones indicando que:

.- Cada Parte Contratante, acordará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante en su territorio, un trato justo y equitativo, así como plena seguridad y protección jurídica en su territorio a los inversores. Asimismo, ninguna Parte obstaculizará con medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, uso o disfrute de las inversiones realizadas por los inversores.

.- Cada Parte acordará a los inversores de la otra Parte un tratamiento que no será menos favorable que el que acuerde en circunstancias comparables, a sus propios inversores o a los de cualquier otro Estado.

.- Que las disposiciones sobre Protección y Tratamiento de las inversiones, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una de las Partes a acordar a los inversores de la otra, el beneficio de un tratamiento preferencial, o privilegios acordados a los inversores de un tercer Estado, en virtud de: a) un tratado de integración; b) cualquier Unión Aduanera, Mercado Común, Zona de Libre Comercio, u otras formas de cooperación económica regional, actual o futura; c) cualquier ventaja acordada en materia de doble tributación, o cualquier arreglo sobre la materia.

.- El Acuerdo no impedirá la aplicación de las normas de Derecho Internacional o de la legislación de cualquiera de las Partes Contratantes que existan actualmente o se establezcan en el futuro, que prevean un trato más favorable para las inversiones.

.- Cada Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya convenido o convenga con un inversor de la otra Parte Contratante respecto el tratamiento de su inversión.

Artículo 5. Este artículo habla de las transferencias que podrán hacer los inversores a sus países en monedas de libre convertibilidad que acuerden las partes y el tipo de cambio vigente, en forma particular cuando se trate de capital y sumas adicionales para el mantenimiento o la ampliación de la inversión, de ganancias, utilidades o dividendos e intereses u otros ingresos; sumas para el pago de créditos u otras deudas relacionadas con la inversión, o para el pago de regalías u otros pagos relacionados con derecho de propiedad intelectual; sumas para la adquisición de bienes o servicios destinados a la operación, mantenimiento o ampliación de la inversión; sumas provenientes de ventas o liquidación total o parcial de la inversión; y, las recibidas por concepto de indemnización.

Artículo 6: Este artículo en materia de expropiación señala que ninguna de las partes expropiará las inversiones de la otra parte contratante, ni les aplicará medidas equivalentes a la expropiación, a menos que sea por causa de interés público, de acuerdo con la ley, y mediante pronta y adecuada indemnización. La indemnización será pagada en moneda de libre convertibilidad por el valor total del mercado de la inversión, inmediatamente antes de que se adopten las medidas o en el momento en que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público, si éste es mayor, e incluirá intereses calculados a la rata del mercado hasta el momento del pago.

Artículo 7: El artículo 7 señala la indemnización por daños, aludiendo que si una parte acuerda indemnizar a sus propios inversionistas a los de un tercer Estado por daños sufridos por sus inversiones como consecuencia de un conflicto armado interno o externo, una insurrección, un motín o cualquier otro tipo de perturbación del orden público, acordará indemnización en condiciones no menos favorables a los inversores de la otra parte

Artículo 8: Subrogación. Si una de las partes o, una entidad pública o privada autorizada por esa parte, indemniza a un inversor suyo en virtud de un seguro u otra garantía para cubrir riesgos no comerciales en relación con su inversión en el territorio de la otra parte, esta reconocerá la subrogación de aquella en los derechos que correspondan al inversor en virtud del Acuerdo.

Artículo 9: Se refiere a las controversias entre un inversor de una parte contratante y la otra parte contratante. Al efecto, señala:

.- Cualquier controversia que surja entre un inversor de una parte contratante y la otra parte contratante respecto del cumplimiento por esta de las disposiciones del presente Acuerdo en relación con la inversión de aquel, y que no sea resuelta amistosamente, será sometida, a opción del inversor, a los tribunales de la parte contratante que es parte de la controversia o a arbitraje.

.- El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la parte contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje.

.- El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia; a un Tribunal de arbitraje Ad-Hoc establecido

conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

.- En cualquier caso, la jurisdicción del tribunal arbitral se limitará a determinar si la parte contratante de que se trate ha cumplido alguna obligación establecida en el acuerdo y, si tal incumplimiento ha ocurrido y ha causado daños al inversor, a fijar la suma que deberá pagar la parte contratante al inversor como indemnización de tales daños.

.- Las partes contratantes consienten en someter a arbitraje las controversias de conformidad con el presente artículo y se obligan a ejecutar los correspondientes laudos arbitrales, que serán definitivos e irrecurribles.

.- El inversor y la parte contratante de que se trate podrán acordar cualquier otro medio de solución de las controversias que surjan entre ellos.

Artículo 10: Controversias.

.- Cualquier controversia que surja entre las partes contratantes respecto de la interpretación o el cumplimiento del acuerdo y que no sea resuelta por la vía diplomática, se someterá a arbitraje a iniciativa de cualquiera de las partes.

.- Cada parte designará un árbitro para integrar el tribunal arbitral. Ambos árbitros así designados, designaran de común acuerdo un tercer árbitro, que presidirá.

.- Si en los sesenta días siguientes a la fecha en que solicitó someter la controversia a arbitraje, una parte contratante no ha efectuado la designación del árbitro que le corresponde, la otra parte

podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que efectúe la designación.

.- Si en los sesenta días siguientes a la designación del segundo de los dos árbitros, ambos árbitros no han designado al tercero, cualquiera de las partes contratantes podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que haga la designación.

.- Si el Presidente de la Corte estuviere impedido de hacer la designación o fuere nacional de una de las partes contratantes, ésta será hecha por el Vicepresidente. Si éste a su vez estuviere impedido de hacer la designación o fuere nacional de una parte contratante, ésta será hecha por el Juez de mayor antigüedad que no esté impedido ni sea nacional de una de las partes contratantes.

.- Salvo en la medida en que las Partes acuerden otra cosa, el tribunal determinará su propio procedimiento. Cada parte sufragará los honorarios y gastos del árbitro, cuya designación le corresponda. Las partes contratantes sufragarán por partes iguales los honorarios y gastos del presidente, así como los demás gastos del tribunal arbitral, a menos que éste decida otra cosa.

Artículo 11. Vigencia.

.- Las partes contratantes se notificarán el cumplimiento de sus respectivos procedimientos internos para la puesta en vigor del Acuerdo, el cual entrará en vigencia al efectuarse la segunda de tales notificaciones.

.- El acuerdo estará en vigor por un período inicial de diez años. Vencido ese término, seguirá en vigencia por tiempo indefinido.

Cualquiera de las partes podrá darlo por terminado a su vencimiento o en cualquier momento posterior, mediante notificación a la otra parte con un año de anticipación, por lo menos, a la fecha de terminación.

.- En caso de cesar el acuerdo en su vigencia, sus disposiciones seguirán amparando por un período adicional de diez años a las inversiones realizadas antes de la fecha de su terminación.

Protocolo.

Al suscribirse el acuerdo, las partes acordaron un protocolo que será parte integrante del mismo.

.- La expresión “en circunstancias comparables”, utilizada en el artículo 4, párrafo 2 se entenderá, respecto de la República de Cuba al trato dado a las inversiones nacionales o extranjeras regidas por la legislación nacional que cubre la inversión extranjera.

.- La expresión “tipo de cambio vigente” utilizada en el artículo 5 se entenderá en lo que respecta a la República de Cuba, como el cambio oficial aplicable a tales transferencias. Dicho cambio será sustancialmente el mismo para los pagos relacionados con la inversión que ingresen y que egresen del país.

.- En caso de que en el futuro, ambas partes lleguen a ser parte del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3 se efectuara en el Centro Internacional para Arreglos de Diferencias Relativas a las Inversiones CIADI, y sólo en el caso de que, por cualquier circunstancias, CIADI no esté disponible, se someterá a arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDM.

89.- Acuerdo entre Venezuela e Irán

Fecha: El Convenio fue suscrito en Caracas, el 11 de marzo de 2005; y aprobado mediante Ley Aprobatoria el 12 de enero de 2006, la cual fue promulgada por el Presidente de la República el 24 de febrero de 2006, y publicado en la Gaceta Oficial N° 38.389 del 2 de marzo de 2006.

Nombre del convenio: *“Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán”.*

Motivación:

1.- Aprovechamiento de recursos económicos y facilidades potenciales; promover, crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de los nacionales de cada una de las partes en el territorio de la otra; y,

2.- Reconocer la necesidad de proteger las inversiones de los nacionales de cada una de las partes en el territorio de la otra.

Configuración de acuerdo: El Acuerdo esta constituido por un “Artículo Único” y 14 artículos.

Contenido de los artículos:

Artículo único: *“Se aprueba en todas sus partes y para que surta efecto Internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Memorando de Entendimiento Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la*

República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán, en el área de Vivienda y Hábitat, suscrito en Caracas el 2 de diciembre de 2005”.

Artículo 1: Este artículo presenta las definiciones de términos utilizados en el Acuerdo, tales como: “*Inversión*”; “*inversionistas*”; “*beneficio*”; “*territorio*”; y, “*admisión*”.

Artículo 2: Promoción de las Inversiones: Cualquiera de las partes incentivará a sus naciones a invertir en el territorio de la otra parte; asimismo, deberá dentro del marco de sus leyes, promover condiciones favorables para atraer inversiones de la otra parte en su territorio.

Artículo 3: Admisión de las Inversiones: Cualquiera de las partes deberá admitir en su territorio, dentro de sus leyes, las inversiones. En el caso de Irán, las inversiones deberán ser aprobadas por la organización PARA LA Inversión, Economía, y Asistencia Técnica de Irán (OIEATI) o la agencia que ésta sustituyese.

Cuando la inversión sea admitida, cualquiera de las partes drena otorgar, previos cumplimientos legales, los permisos necesarios para la realización de la inversión.

Artículo 4: Protección de las inversiones: Las inversiones de cualquiera de las partes efectuadas en el territorio de la otra parte, deberá recibir de la parte receptora, protección jurídica y trato justo, no menos favorable que el brindado a sus inversionistas nacionales o de cualquier tercer Estado. Asimismo, ninguna Parte obstaculizará con medidas arbitrarias o

discriminatorios, la gestión, uso o disfrute de las inversiones realizadas por los inversores.

.- Que si una parte contratante acordara a los inversores de un tercer Estado, en virtud de un acuerdo que establezca: a) un área de Libre Comercio; una Unión Aduanera, un Mercado Común, o en virtud de un acuerdo para evitar la doble tributación, no estará obligado a otorgar tales ventajas a los inversionistas de la otra parte.

Artículo 5. Condiciones más favorables: *“No obstante las disposiciones establecidas en el presente Acuerdo, serán aplicables las condiciones mas favorables acordadas por cualquiera de las partes contratantes con un inversionista de la otra parte contratante”*.

Artículo 6: Expropiación y Compensación: las inversiones de cualquiera de las partes no podrán ser nacionalizadas, confiscadas, expropiadas o sujetas a medidas similares por la otra parte, a menos que dichas medidas sean tomadas por causa de interés público y de conformidad con el debido proceso legal, sin discriminación y mediante pronta y adecuada indemnización.

La indemnización deberá ser equivalente al precio del valor total del mercado de la inversión, inmediatamente antes de que se adopten las medidas o en el momento en que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público.

Artículo 7: Pérdidas: Los inversionistas cuyas inversiones sufrieran pérdidas debido a un conflicto armado, una insurrección, un motín o cualquier

otro tipo de perturbación del orden público, en el territorio de la otra parte, gozará de un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado.

Artículo 8: Cada una de las partes permitirá de buena fe y de conformidad con sus leyes, la transferencia vinculada a las inversiones en virtud del Acuerdo libremente y sin demora fuera de su territorio, pero no exclusivamente: beneficios; sumas provenientes de ventas o liquidación total o parcial de la inversión; regalías u otros pagos relacionados con contratos de transferencia de tecnología; montos pagados relacionados con la expropiación y pérdida; sueldos y salarios recibidos mensualmente por trabajadores de un inversionista autorizado para trabajar en el territorio de la parte contratante receptora; montos pagados debido a la decisión que tomase la autoridad pertinente en cuanto a la solución de diferencias entre las partes.

Artículo 9: Subrogación. Si una de las partes o, una entidad pública o privada autorizada por esa parte, subrogara a un inversor en razón de un pago realizado bajo una póliza de seguro contra riesgo comercial, tal subrogación deberá ser reconocida por la otra parte; el subrogado no gozará de derechos diferentes de los que podría ejercer el inversionista; y, las disputas entre el subrogado y la parte receptora deberán ser resueltas según lo estipulado en el artículo 11 del Acuerdo.

Artículo 10: Cumplimiento de compromiso: Cada una de las partes garantiza el cumplimiento de los compromisos adquiridos relacionados a la inversión objeto del Acuerdo.

Artículo 11: Solución de diferencias entre un aparte contratante y el inversionista de la otra parte contratante. En el caso de cualquier disputa que surja sobre una inversión entre un inversor de una parte contratante y la otra parte contratante, tratarán de solucionarla amistosamente a través de negociaciones y consultas. Ahora bien, en el caso que no se logre ningún acuerdo en el lapso de seis meses a partir de la notificación del reclamo efectuado por una parte a la otra, el inversionista interesado referirá la disputa a tribunales competentes de la parte receptora o a un Tribunal de arbitraje Ad-Hoc establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); el Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París (CCI) o al Centro Internacional para la Solución de de Diferencias sobre Inversiones, si ambas partes en el contrato son miembros de esta Convención.

No podrá ser sometida a arbitraje ninguna controversia planteada en la jurisdicción ordinaria de la parte donde radica la inversión, o que haya sido decidida por la misma a través de sentencia definitivamente firme. Asimismo, las disposiciones del Acuerdo y los principios del Derecho Internacional, serán las leyes aplicables. La parte contratante que sea parte en la disputa dará cumplimiento a la decisión del tribunal.

Artículo 12: Solución de diferencias entre las partes contratantes.

.- Cualquier controversia que surja entre las partes contratantes respecto de la interpretación o el cumplimiento del acuerdo, en principio deberá resolverse amistosamente a través de consultas. En caso negado, cualquiera de las partes podrá, en un lapso de seis meses, a partir de la notificación del reclamo de una parte a la otra, previo envío de un aviso a la

otra, llevar el caso ante un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, de los cuales dos serán elegidos por las partes contratantes y un tercero.

De someter el caso a un tribunal arbitral, cualquiera de las partes designará a un árbitro dentro de sesenta días a partir de la recepción de la notificación. En el mismo lapso de tiempo y a partir de la elección del último árbitro, éstos a su vez, elegirían al Juez Principal. Si ninguna de las partes ha nombrado a su respectivo árbitro dentro del lapso establecido, o si, los árbitros elegidos no llegaran a un acuerdo sobre la elección del juez principal dentro del lapso referido, las partes podrán solicitar al Presidente del Tribunal Internacional de Justicia que designe, según el caso, al árbitro de la parte que no lo haya hecho o al tercer árbitro. El tercer árbitro deberá ser un nacional de un Estado que cuente con relaciones Diplomáticas con las dos partes contratantes para la fecha de la elección.

En los casos en que el tercer árbitro deba ser nombrado por el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia y éste se encuentre impedido de ejercer esta función o si fuese nacional de cualquiera de las partes, el nombramiento será realizado por el Vicepresidente del Tribunal Internacional de Justicia y, si éste estuviera impedido de hacerlo o posea la nacionalidad de una de las partes, la elección será realizada por el miembro mayor del referido tribunal, que no posea la nacionalidad de ninguna de las partes.

El tribunal arbitral determinará el procedimiento y el lugar del arbitraje, salvo que las partes acuerden otra cosa, sujetos a las disposiciones acordadas por ellos. Cada una de las partes deberá asumir los gastos de su árbitro y su participación en el procedimiento arbitral. Los gastos del tercer árbitro y los

otros gastos, deberán ser divididos en partes iguales entre las partes, a menos de que el tribunal arbitral decida otra cosa. La decisión del tribunal arbitral será vinculante para ambas partes.

Artículo 13. Validez del acuerdo: El acuerdo se aplicará a todas las inversiones sujetas a él, realizadas antes o después de su entrada en vigencia. Las disposiciones del acuerdo no se aplicarán a las diferencias en materia de inversiones que se originen antes de su entrada en vigencia. El acuerdo será aprobado/ratificado por las autoridades competentes de cada una de las partes, de conformidad con sus leyes. Este acuerdo entrará en vigor por un lapso de 10 años, 30 días después de la fecha de la última notificación de cualquiera de las partes a la otra parte, mediante la cual informe sobre el cumplimiento de las gestiones necesarias, conforme a sus leyes, para la entrada en vigencia del acuerdo. Después del período mencionado, el acuerdo se mantendrá en vigencia a menos que una de las partes notifique por escrito a la otra su deseo de denunciar el acuerdo, seis meses antes de la expiración o terminación del mismo. La denuncia entrará en vigor seis meses después de la fecha de notificación.

Agotada la vigencia o efectuada la terminación del acuerdo, lo previsto en él se aplicará por un período adicional de diez años para las inversiones realizadas sobre la base del presente acuerdo.

Artículo 14. Idiomas y ejemplares. El acuerdo fue elaborado en dos ejemplares en idioma castellano, farsi e inglés, todos los textos igualmente auténticos. En caso de diferencia en los textos, la versión en inglés prevalecerá.