



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



Arbitraje comercial interno e internacional

Reflexiones teóricas y experiencias prácticas

SERIE EVENTOS

18

Coordinadora
Irene de Valera

LIBRERIA

1994

1994

LIBRERIA

LAS INVERSIONES PETROLERAS EN VENEZUELA Y EL ARBITRAJE ANTE EL CIADI

*Andrés A. Mezgravis**

* Profesor Postgrado UCAB y UCV en Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos

IN MEMORIAM
PROF. DR. ALBERTO ARRIA SALAS
(20-4-1923) (11-05-2005)
MAESTRO DEL DERECHO, MAESTRO DE LA VIDA.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DESARROLLO DEL CIADI Y LA CAPTACIÓN DE INVERSIONES. III- LAS INVERSIONES PETROLERAS EN VENEZUELA: 1) Antecedentes históricos y mitos: a) "Nuestra riqueza petrolera", a cambio de nada; b) Un recurso que abunda a "chorros" y que puede ser fácilmente extraído. c) Un recurso no renovable del que obtendremos ingresos hasta que se agote; d) Monopolio del Estado: garantía de justa distribución de la riqueza e) La nacionalización del petróleo: "ahora sí el petróleo es de todos los venezolanos". 2) El mimetismo legislativo; 3) Nuevo ultimátum contra los inversionistas petroleros. IV.- POSIBILIDAD DE ACUDIR AL CIADI: 1) Requisitos: a) disputa de naturaleza jurídica; b) que surja directamente de una inversión; c) Que sea entre un Estado contratante y el nacional de otro estado contratante; y d) Consentimiento escrito. V.- ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO CIADI: 1) Idiomas oficiales 2) Lugar del arbitraje 3) Medidas cautelares; 4) Recurso contra el laudo; 5) Reconocimiento y ejecución. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN:

Señores académicos, señores miembros del Comité Venezolano de Arbitraje, señoras y señores, muy buenos días...Me corresponde hablarles de dos temas que, en principio, no tienen ninguna relación, pero que por las actuales circunstancias que vive el país, están estrechamente vinculados. Por un lado, tenemos el tema de las inversiones petroleras, y por otro lado, tenemos el tema del arbitraje ante el CIADI. El tema de las inversiones petroleras y las medidas que el gobierno ha anunciado contra los inversionistas en esta área han aparecido en los titulares de los principales diarios del país en las últimas semanas. Del tema del petróleo se ha escrito mucho en nuestro país, pues como ustedes saben la economía de Venezuela depende básicamente de ese producto. En cambio del arbitraje ante el CIADI es muy poco lo que en Venezuela se ha dicho. En la mañana de hoy abordaré esta temática concentrándome, no tanto en los Tratados Bilaterales de Inversión ("TBI") que remiten al CIADI, sino particularmente a los casos de aquellos inversionistas extranjeros que si bien son parte del Convenio CIADI, no han ratificado ningún TBI.

La problemática que especialmente abordaremos es la relativa a si los inversionistas extranjeros pueden demandar a la República Bolivariana de Venezuela ante el CIADI, considerando que este Convenio exige en su artículo 25 un acuerdo previo de arbitraje entre las partes, pues, la mera ratificación de dicho Convenio no supone la existencia de dicho acuerdo de arbitraje. Analizaremos las implicaciones que tiene en este sentido el Decreto Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones dictado por el Presidente de la República ("Ley de Inversiones").

Antes de entrar a analizar específicamente ese punto, consideramos pertinente hacer un breve recuento tanto del trato que han recibido las trasnacionales petroleras a lo largo de nuestra historia, así como el gran desarrollo que ha experimentado el arbitraje CIADI en los últimos años.

II. DESARROLLO DEL CIADI Y LA CAPTACIÓN DE LAS INVERSIONES:

A principios de los años sesenta, el Banco Mundial se percató de que no era conveniente, para el buen funcionamiento del Banco, involucrarse en los procesos de mediación o conciliación entre gobiernos e inversionistas privados.¹ Con el fin de exonerar al Banco y a su propio Presidente de esta tarea, y principalmente con el ánimo de estimular los flujos de inversión extranjera,² se celebró el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ("Convenio CIADI")³, el cual entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, con la ratificación de 20 países.⁴ Este convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Dife-

¹ Cfr. <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>

² Cfr. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section03.htm>

³ Conocido también como "Convención de Washington", o "ICSID Convention" en inglés.

⁴ La cuestión acerca de la conveniencia y viabilidad de crear medios institucionales auspiciados por el Banco Mundial para el arreglo, mediante la conciliación y el arbitraje, de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros privados, fue planteada por primera vez ante la Junta de Gobernadores del Banco en su Decimoséptima Reunión Anual, celebrada en Washington, D.C., en septiembre de 1962. En esa Reunión, la Junta de Gobernadores, por la Resolución No. 174 adoptada el 18 de septiembre de 1962, pidió que los Directores Ejecutivos estudiaran el asunto. Después de una serie de discusiones informales, sobre la base papeles de trabajo preparados por el personal del Banco Mundial, los Directores Ejecutivos decidieron que el Banco debía convocar reuniones consultivas de juristas designados por los gobiernos miembros a fin de considerar más detalladamente el asunto. Las reuniones consultivas de carácter regional se celebraron en Addis-Abeba (diciembre 16 al 20 de 1963), Santiago de Chile (febrero 3 al 7 de 1964), Ginebra (febrero 17 al 21 de 1964) y Bangkok (abril 27 a mayo 1 de 1964). Se obtuvo la cooperación administrativa de las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y de la Oficina Europea de las Naciones Unidas. Las discusiones se basaron en un Proyecto Preliminar de Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, preparado por el personal del Banco teniendo en cuenta las deliberaciones de los Directores Ejecutivos y los puntos de vista de los gobiernos. A las reuniones asistieron juristas de 86 países. Teniendo en cuenta las labores preparatorias y las opiniones expresadas en las reuniones consultivas, los

rencias Relativas a Inversiones como una institución internacional autónoma,⁵ ofreciendo así, tanto a los inversionistas como a los Estados receptores de las inversiones, un foro neutral y autónomo que procura mantener, a través de mecanismos como la conciliación y el arbitraje, el equilibrio entre los intereses de ambos.⁶

En los primeros años de vigencia, esos mecanismos del CIADI fueron muy poco utilizados. El promedio en los primeros 30 años, era de dos casos por año. En la actualidad es de dos casos por mes, aunque en abril de este año hubo 5. En los últimos quince años (1990-2005), el número de arbitrajes CIADI ha aumentado de manera exponencial, y no porque los inversionistas y los Estados receptores estén incluyendo cada vez más en sus contratos acuerdos que remitan a dicho mecanismo del CIADI, sino por el espectacular incremento de tratados bilaterales de inversión ("TBI") que contienen, por parte de los Estados receptores, una oferta abierta de arbitraje CIADI a la generalidad de los inversionistas nacionales del otro Estado contratante.⁷ Indudablemente que ello es un reflejo de que el tema de las inversiones ha provocado en todo el mundo jurídico una extraordinaria proliferación, sin precedentes, de mecanismos legales y tratados internacionales.⁸ Ello, sin duda, es consecuencia de la necesidad y afán que tienen los países de adaptarse y competir en una economía, que se quiera o no, es cada vez más globalizada. Lamentablemente la conciliación no ha tenido el mismo desarrollo. Hasta ahora se han reportado tan sólo 3 casos de conciliación administrados por el CIADI.⁹

Directores Ejecutivos informaron a la Junta de Gobernadores en su Decimonona Reunión Anual en Tokio, en septiembre de 1964, que convendría crear los medios institucionales proyectados dentro de la estructura de un acuerdo intergubernamental. La Junta de Gobernadores adoptó la Resolución cuyo texto se cita en el párrafo 1 de este Informe, y los Directores Ejecutivos emprendieron la tarea de redactar el presente convenio. Con vista a lograr un texto que pudiera ser aceptado por el mayor número posible de gobiernos, el Banco Mundial invitó a sus miembros a que designaran representantes a un Comité Legal para asesorar a los Directores Ejecutivos en su tarea. Este Comité se reunió en Washington del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964. Los Directores Ejecutivos reconocieron y agradecieron el valioso asesoramiento recibido de los representantes de los 61 países miembros que participaron en dicho Comité. Cfr. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Para un análisis completo véase SCHREUER Christoph H.; *The ICSID Convention: A commentary*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2001.

⁵ Artículos 18 al 24.

⁶ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section03.htm>.

⁷ Cfr. REED Lucy, PAULSSON Jan, y BLACKABY Nigel; *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, p. 4.

⁸ Cfr. CREMADES Bernardo y CAIRNS David J.A.; "La seguridad jurídica de las Inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados". *Revista Internacional de Arbitraje* N° 1, Junio-Diciembre 2004, p. 65.

⁹ A saber: 1) Entre SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m. b. h. y República de Madagascar, Caso CIADI CONC/82/1; 2) Entre Tesoro Petroleum Corporation y Trinidad y Tobago, Caso CIADI CONC/83/1, y 3) Entre SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m. b. h. y República de Madagascar, Caso CIADI CONC/94/1. Quizá sea recomendable que una futura reforma del procedimiento CIADI contemple, como lo hace

La generalidad de los países, y especialmente los que están en desarrollo, ha comprendido que las inversiones resultan indispensables para mejorar sus economías y para sustentar el bienestar de sus naciones.¹⁰ Los avances tecnológicos imponen nuevas formas de hacer negocios y están jugando un rol fundamental en la progresiva superación de obstáculos y barreras para el desarrollo del comercio internacional. Las distancias han perdido relevancia. Los factores que atraen a las inversiones han cambiado.

Sofisticadas maquinarias y el desarrollo de nuevos *software* reducen cada vez más la necesidad de intervención humana en los procesos operativos e industriales. De poco vale la privilegiada ubicación geográfica si el Estado receptor no cuenta con la tecnología, infraestructura e instituciones que faciliten el flujo de los productos desde y hacia el exterior. En este sentido, las comunicaciones (internet, fax, teleconferencias, videoconferencias, teléfonos satelitales, etc.) además de indispensables, son cada vez más eficientes, facilitando así el control y la toma de decisiones a distancia. Un Estado receptor que no brinde estas facilidades tendrá, pues, serias desventajas competitivas.

Adicionalmente, mercados que antes lucían inaccesibles como el de China o el de las ex Repúblicas Socialistas Soviéticas, hoy pregonan la libertad de mercado y abren sus puertas a las inversiones extranjeras. Asimismo, las integraciones ya no sólo son de países o regiones, sino de continentes como el Europeo, todo lo cual pone de manifiesto la formidable expansión económica que ha experimentado el planeta a finales del siglo XX.

En fin, los avances tecnológicos, así como las integraciones y aperturas económicas, todo ello conjugado en la emanación de un mundo multipolar, ha reducido substancialmente tanto los inconvenientes como las ventajas que en otras épocas representaban la mano de obra, las distancias y las fronteras.

Estas transformaciones han impuesto a los gobiernos nuevos retos. Cada Estado en su afán de captar el mayor número de inversiones, intenta ofrecer a los inversionistas mayores atractivos. Esta competencia desatada entre los Estados, ha implicado para los gobernantes un sacrificio impensable en otras épocas: se han visto forzados a reducir su poder hegemónico sobre

los particulares, los cuales parecieran haber encontrado en los albores del siglo XXI un justo equilibrio.¹¹

Actualmente, una amplia gama de Estados ofrece a los inversionistas una serie de estándares mínimos. Y ante este nuevo contexto, para nadie es un secreto que las inversiones prefieren ubicarse geográficamente en aquellos países que le brinden mayor *protección y ambiente de seguridad*.

La nueva realidad impuesta por los avances tecnológicos, las integraciones y aperturas económicas, llegó a su clímax a principios de los años 90, momento en el que se hizo evidente para la mayoría de los Estados que, brindando una mayor seguridad jurídica a las inversiones, podían obtener una ventaja competitiva en la captación de éstas.¹² Así, Estados que en un primer momento no estuvieron dispuestos a renunciar al beneficio de que sus propios tribunales resolvieran las controversias con los inversionistas, no tardaron en sumarse a esa corriente mundial, pues, se percataron de que si no lo hacían, no sólo quedarían rezagados en el ámbito de las inversiones, sino que ponían en juego su propio bienestar y desarrollo económico.

Salvo algunos gobiernos dictatoriales o recalcitrantes, que sólo se concentran en detentar el mayor grado de poder y que poco o nada les preocupa el bienestar de sus naciones, la generalidad de los Estados se ha atrevido a incluir en sus respectivos ordenamientos jurídicos, bien con la celebración de tratados internacionales, bien a través de su propia legislación, no sólo una gama de derechos que proveen los estándares mínimos de protección que busca todo inversionista, sino a ofrecer, además, la posibilidad de optar por una instancia neutral como lo es el *arbitraje internacional*, en caso de que el inversionista considere que sus derechos han sido vulnerados. Esta manifestación por parte de los Estados implica claramente una renuncia a la *inmunidad de jurisdicción*, y como dice Nigel Blackaby, la consignación definitiva de la "*doctrina calvo*" a los libros de historia.¹³

el Reglamento del CEDCA, la conciliación dentro del propio proceso arbitral, luego que se realice la contestación de la demanda. Cfr. www.codca.org.ve

¹⁰ Cfr. KLEIN Michael, AARÓN Carl, HADJIMICHAEL Bitá; Foreign Direct Investment and Poverty Reduction, www.sicc.oas.org/ Articles on investment, y la amplia bibliografía allí citada.

¹¹ Cfr. MANTILLA-SERRANO Fernando; "El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea". Revista Internacional de Arbitraje N° 2, Enero-Junio 2005, p. 78

¹² Para un análisis de los factores que inciden en las inversiones y competitividad véase: Global Competitiveness Report 2003-2004 en <http://www.wcforum.org>

¹³ BLACKABY Nigel; "El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", Revista Internacional de Arbitraje N° 1, Legis, Bogotá, Junio- Diciembre 2004, p. 20.

Hasta el 25 de Mayo de 2005, 155 Estados habían suscrito y 142 habían ratificado el CIADI.¹⁴ En 1987 se registró el primer caso de arbitraje producto de un TBI. Entre los años 1990 y 2003, el número de TBIs, se incrementó exponencialmente de 385 a más de 2.000.¹⁵ En la actualidad, más de 900 TBI ofrecen el arbitraje del CIADI,¹⁶ y se señala que más de 380 corresponden a países latinoamericanos.¹⁷ Adicionalmente, diversos tratados multilaterales de inversión incluyen al CIADI como una opción para el arreglo de diferencias que surjan entre Estados e inversionistas, al amparo de dichos tratados multilaterales. Ejemplo de ello son: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, México y Estados Unidos ("TLCAN"), el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela (Acuerdo del Grupo de los Tres),¹⁸ el MERCOSUR¹⁹ y el *Tratado sobre la Carta de Energía (ETC)*.²⁰

De las 95 disputas que fueron presentadas ante el CIADI entre 1966 y finales del 2001, más del 65% se registró luego de 1995,²¹ precisamente el año en que Venezuela ratificó el CIADI²² y comenzó a suscribir una cantidad importante de TBI en los que se ofrece a los inversionistas nacionales del otro Estado contratante, la resolución de las controversias por vía arbitral.²³ Entre

¹⁴ <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-stats-sp.htm>

¹⁵ REED, PAULSSON, BLACKABY; ob cit., pp. X y 4.

¹⁶ <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>

¹⁷ BLACKABY Nigel; "El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", Revista Internacional de Arbitraje N° 1, Legis, Bogotá, Junio- Diciembre 2004, p. 17.

¹⁸ <http://www.sicc.oas.org/trade/go3/G3C17S1.asp>. Cfr. CAPITULO XVII, Sección B.

¹⁹ Protocolos de Colonia y Buenos Aires.

²⁰ "Energy Charter Treaty" <http://www.encharter.org>. Suscrita por 51 y ratificada por 46 países, salvo Japón y Australia, todos Europeos (de Europa Central y del Este), incluyendo la Comunidad Europea con todos sus Estados miembros y los países los de la ex Unión Soviética. Uno de los objetivos fundamentales de este Tratado fue el de favorecer la recuperación económica de los países que habían quedado atrapados por la cortina de hierro y que en la década de los 90 estaban en transición hacia una economía de mercado. Para los signatarios occidentales, este Tratado representa una mayor seguridad en sus abastecimientos energéticos. Para un análisis de la resolución de disputas en materia de petróleo y gas, véase ONWUAMAEBU Uchcora; "Resolution of Oil and Gas Dispute at ICSID", publicado en News From ICSID, Vol 21, N° 1, Summer 2004.

²¹ BLACKABY, ob cit, p. 62.

²² GO N° 35.685 del 3-4-95.

²³ A saber, por orden alfabético: **Alemania** (Suscrito el 14-5-96, Cfr. GO N° 36.383 del 28-1-1998); **Argentina** (16-11-1993, Cfr. GO N° 4.801 Ext., del 1-11-1994); **Barbados** (Suscrito el 15-7-1994, Cfr. GO N° 4.553 Ext. Del 8-2-94); **Bélgica** (Suscrito 17-3-1998, Cfr. GO N° 37.357, del 4-1-2002); **Bolivia** (Suscrito el 31-3-00. No tenemos constancia de su ratificación); **Brasil** suscrito el 4 de julio de 1995. Cfr. GO N° 36.268 del 13-8-1997; **Canadá** (Suscrito el 1 de junio de 1996, Cfr. GO N° 20-1-1998); **Costa Rica** (Suscrito el 17-3-1997, Cfr. Cfr. GO N° 36.383 del 28-1-1998); **Chile** (Suscrito el 2-4-1993, GO N° 4.830 Ext., del 29-12-1994); **Dinamarca** (Suscrito el 28-11-94, Cfr. GO N° 5.080, del 23-7-1996); **Ecuador** (Suscrito el 18-11-1993, Cfr. GO N° 4.802 del 2-11-1994); **España** (Suscrito el 2-11-95, Cfr. GO N° 36.281 del 1-9-1997); **Francia** (Suscrito el 2-7-2001, Cfr. GO N° 37.896 del 11-3-2004); **Italia** (Suscrito el 5-6-1990, sustituido por el de 14-2-2001 aún pendiente de ratificación por parte de Venezuela); **Lituania** (Suscrito el 28-11-1994, Cfr. GO N° 5.080 Ext., del 23-7-1996); **Luxemburgo** (Suscrito 17-3-1998, Cfr. GO N° 37.357, del 4-1-2002); **Paraguay** (Suscrito el 5-9-1996.), **Perú** (Suscrito el 12-12-

enero de 2002 y abril de 2005, se han registrado ante el CIADI 74 nuevos casos, es decir, que en los últimos dos años y medio, se ha presentado casi el 50% de la totalidad de los arbitrajes.

Cabe resaltar, que no es casualidad que en esa misma época de los años 90, se inició en Venezuela lo que se denominó la "apertura petrolera".

III. LAS INVERSIONES PETROLERAS EN VENEZUELA:

1. Antecedentes históricos y los mitos que se generaron contra las compañías petroleras:

Para comprender lo que está ocurriendo actualmente con la inversiones petroleras en Venezuela, es necesario hacer un breve recuento histórico de ciertos hechos, unos que han sido exaltados y otros que han sido minimizados, y juntos han generado ciertos mitos que explican, en nuestro criterio, de manera clara y sencilla, por qué hoy en el año 2005, las inversiones petroleras son objeto de una nueva arremetida por parte del gobierno de turno.

Esos mitos permanecen en la cultura del venezolano, no precisamente para beneficio de éste y mucho menos de los inversionistas, sino de los que, periodo tras periodo, gestionan la renta petrolera.²⁴ Quizá ello también explique por qué, por más de 100 años, el discurso político en Venezuela no ha variado: "la justa distribución de esa 'abundante riqueza', que no es renovable y que nos generará abundantes ingresos hasta el día que se agote, sólo puede estar en manos del Estado, para que todos los venezolanos, y no sólo unos pocos, puedan vivir dignamente". Esa doctrina política alimenta su esencia con por lo menos cinco mitos:

1996); **Portugal** (Suscrito el 17-6-1994, GO N° 4.846 Ext., del 26-1-95); **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte** (Suscrito el 15-3-1995, Cfr. GO N° 36.010, del 30-7-1996); **Reino de los Países Bajos** (Suscrito el 22-10-1991, Cfr. GO N° 35.269 del 6-8-1993); **República Checa** (Suscrito el 27-4-1995, Cfr. GO N° 36.002, del 17-7-1996); **Suecia** (Suscrito el 25-11-1996, Cfr. GO N° 5.192 del 18-12-1997), **Perú** (Suscrito el 12-12-96), **Suiza** (Suscrito el 18-11-1993, GO N° 4.801 Ext., del 1-11-1994) y **Uruguay** (Suscrito el 20-5-97). Algunos de estos tratados entraron en vigencia uno o dos años después de su firma, con el depósito, por ambas partes, del respectivo instrumento de ratificación. Cfr. www.kluwerarbitration.com/bits. Asimismo, <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/venezuela.htm>. También cabe destacar que Venezuela en el año 1994 ratificó uno de los tratados más importantes del mundo en materia de arbitraje: la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como Convención de Nueva York o de las Naciones Unidas. Cfr. GO N° 4.832, extr., del 29-12-94. Otros tratados como el Acuerdo sobre Comercio e Inversiones entre el gobierno de la Republica de Venezuela y la comunidad del caribe (CARICOM) art. 17, que aunque no se refieren específicamente al CIADI, hacen referencia al arbitraje como mecanismo para la solución de controversias.

²⁴ Si bien la historia del petróleo en Venezuela es un tema fascinante del cual hay abundante literatura, abarcarla en su totalidad, aunque sea de manera resumida, nos impediría cumplir el propósito de este ensayo.

a) "Nuestra riqueza", a cambio de nada:

En primer lugar, a los venezolanos, desde hace mucho tiempo, se les ha inculcado la idea de que nacieron en un país de abundante riqueza (especialmente la petrolera) que las trasnacionales o empresas extranjeras, siempre han aprovechado a cambio de nada. Los líderes venezolanos que detentan el poder han reiterado a lo largo de la historia, una y otra vez, que Venezuela nada ha obtenido de las compañías petroleras: apenas unos "abalorios como los que les dieron a los primitivos pobladores por su oro los que vinieron en las naves del descubrimiento."²⁵ Con este razonamiento, se llega a la conclusión de que las compañías petroleras, unas simples e innecesarias empresas privadas extranjeras, han sido las responsables de que Venezuela siga teniendo una población mayoritariamente pobre.

Un verdad exaltada ha sido la de que "el petróleo durmió ignorado en el seno de la tierra venezolana por millares de años de edades geológicas y por varias centurias de historia."²⁶ Esto hace pensar, que durante muchos años vivimos como pobres, porque no sabíamos que teníamos una gran riqueza petrolera. Lo que no se dice, o ha sido minimizado, es que el petróleo, a pesar de que se conocía en el mundo entero y se le daba, incluso en Venezuela, cierto uso,²⁷ su valor comercial hasta el siglo XIX, era prácticamente igual a cero (0). No se dice que su valor económico era semejante al que tiene hoy la energía solar, es decir, se convirtió en una fuente de energía en la medida en que se inventaron equipos capaces de utilizarla.

Antes de que en 1858 se realizara la primera producción comercial en el mundo del petróleo, en Oil Springs, Ontario, Canadá,²⁸ y el negocio del petróleo surgiera en Pennsylvania, Estados Unidos de América, en Venezuela, al igual que en muchas partes del mundo, todavía a mediados del siglo XIX, el petróleo era visto como "un aceite negro y mal oliente que no servía para mucho."²⁹ Luego de que en 1859 el "coronel" Edwin Drake taladró por

²⁵ CALDERA Rafael; La Nacionalización del petróleo, Edic Nueva Política, Caracas, 1975, p. 30, quien también comenta ciertos rasgos de analogía con la Compañía Guipuzcoana y el aseguramiento de la "soberanía nacional". Rafael Caldera fue dos veces Presidente de Venezuela (1968-1973) y (1993-1998). Paradójicamente, luego de tanto discurso contra las compañías petroleras, durante su segundo mandato se llevo a cabo la "apertura petrolera".

²⁶ USLAR PIETRI Arturo; Venezuela en el Petróleo, Edit. Urbina & Fuentes, Caracas 1984, p. 33.

²⁷ "Los indios en el Lago de Maracaibo lo llamaban "Menc". Se extraía de algunos rezumaderos naturales y se utilizaba para calafatear los cascos de los viejos veleros y para alimentar por la noche la luz de una solitaria lámpara." USLAR PIETRI, ob cit p. 34.

²⁸ MARTINEZ Anibal R.; Cronología del Petróleo venezolano, Edic. Foninves, Caracas 1976, p. 37.

²⁹ USLAR PIETRI, ob cit., p. 34.

primera vez en Pennsylvania un pozo y John D. Rockefeller coetáneamente avizó el porvenir del petróleo y construyera los cimientos de lo que luego llegaría a ser la más gigantesca empresa industrial de los tiempos modernos: la Stándar Oil,³⁰ tan sólo un pequeño grupo de particulares venezolanos, y no el Estado, se interesó por este negocio y resolvió crear la Compañía Minera Petrolia del Táchira, provista de rudimentarios equipos de trabajo.

Esta empresa privada 100% venezolana, que tuvo la previsión de enviar a uno de sus miembros a estudiar los métodos recién descubiertos en la propia "Ciudad Santa de los buscadores de petróleo" (Pennsylvania), tuvo un desenvolvimiento lánguido y al margen del éxito. En 1912, veintiséis años después de iniciar sus actividades, la producción diaria apenas alcanzaba a unos 60 barriles, lo cual, finalmente, provocó su disolución.³¹

Quienes a lo largo de la historia contemporánea venezolana han defendido y siguen defendiendo vehementemente que la industria petrolera debe ser monopolio absoluto del Estado, poco destacan, que por varias décadas, "ningún interés mostró el Estado venezolano"³² por la materia prima que rápidamente se convirtió en la más importante del mundo civilizado.

¿Entonces éramos ricos y no lo sabíamos? o ¿en realidad tuvimos la fortuna de que un grupo de extranjeros, luego de 1859 años después de Cristo, se empeñó en darle valor comercial a una sustancia que no lo tenía y que abunda en nuestro subsuelo? Por nuestra parte, estamos convencidos de que, gracias a que un grupo de inventores extranjeros se dedicó a desarrollar motores de explosión y no, por ejemplo, a desarrollar celdas solares, es que contamos con esa "riqueza".³³ No nos queda la menor duda de que hemos sido ingratos los venezolanos al agradecerle sólo a la naturaleza, y no a ese grupo de inventores extranjeros, la riqueza petrolera de la que nos jactamos.

³⁰ Empresa que luego fue dividida y dio origen a: Esso, Mobil, BP, Shell, Chevron, Texaco y Gulf. Para un estudio del origen de estas siete compañías véase SAMPSON Anthony; The seven sisters: the great oil companies and the world they made, Edit. Hodder and Stoughton, London, 1975, pp. 18 y ss.

³¹ Cfr. BETANCOURT Rómulo; Venezuela, política y petróleo, Sgda. Edición, Edit. Seix Barral, Caracas 1967, p. 26.

³² BETANCOURT, ob cit., p. 26.

³³ El petróleo en Venezuela, lamentablemente, sólo ha servido para despertar el apetito de los gobiernos de turno que desean cosechar lo que jamás han sembrado. La fácil, aunque insuficiente, renta petrolera pareciera que ha encandilado a nuestros gobernantes, impidiéndoles ver el desarrollo de otros tantos recursos que tiene este privilegiado país. Basta señalar que otros países, con menos bellezas naturales viven del turismo. Todavía, en la actualidad, el petróleo y sus derivados representan en Venezuela alrededor de 80 por ciento del ingreso en divisas y cerca de 50 por ciento de los ingresos del Gobierno. Cfr. TORRES, Gervy; Un Sueño para Venezuela. Editado por Liderazgo y Visión, A.C. 2001.

b) Un segundo mito: Un recurso que abunda en Venezuela a "chorros" y que puede ser fácilmente extraído.

Un hecho que contribuyó a desarrollar este otro mito en Venezuela, lo configura el tan publicitado "reventón" del pozo Los Barrosos N° 2, en la costa oriental del lago de Maracaibo, el 14 de diciembre de 1922. La generabilidad y abundante literatura, lo describe mas o menos así: "...La intensidad del chorro de petróleo, que se pierde en las alturas, deslumbra al mundo con los cien mil barriles de petróleo que brota diariamente a la superficie y que al caer, corre como un río caudaloso que inunda los terrenos vecinos. Este hecho generó grandes expectativas sobre la potencialidad de los yacimientos venezolanos y provocó una competencia desenfrenada entre las compañías petroleras por adquirir concesiones".³⁴

Lo que no se dice, o al menos no de una manera clara, es que si no hubiesen venido las compañías petroleras, dicho potencial petrolero no hubiese sido descubierto, al menos no en 1922. No se dice tampoco que la presencia de las trasnacionales petroleras aquí en Venezuela, como en cualquier otro país productor de petróleo, es indispensable; que sin sus servicios, avances tecnológicos y sus recursos financieros, no sería posible una eficiente exploración y explotación de muchas áreas y yacimientos, como los ubicados costa afuera, los que están a grandes profundidades (eoceno) y en pozos depletados o a baja presión, o los hidrocarburos ultrapesados ubicados en la faja petrolífera del Orinoco.³⁵

Por el contrario, en diversos momentos de la historia venezolana, se ha anunciado "el fin de los abusos de las compañías petroleras". Lo que no se explica es ¿por qué desde que el Libertador Simón Bolívar promulgó en 1829 la primera legislación republicana de "minas", que consagra el derecho del Estado a disponer de los recursos mineros que se encuentran en el subsuelo, el Estado venezolano ha sido incapaz de eliminar los abusos de unas simples e innecesarias empresas privadas? Semejante falacia cae por su propio peso. Lo cierto es que las compañías petroleras están presentes en todos los países

³⁴ USLAR PIETRI, ob cit., p. 35

³⁵ Para un análisis del fin de la era del petróleo fácil, véase STOBACH Robert, and YERGIN Daniel; "The End of Easy Oil", publicado en Energy Future, Report of the Energy project at the Harvard Business School. Randow House, New York, 1979, p. 3 y ss.

productores de petróleo, porque simplemente son necesarias. La historia desmiente a quienes han sostenido la tesis de que ello no es así.³⁶

c) Un recurso no renovable del que obtendremos ingresos "hasta que se agote".

Partiendo de la idea de que el petróleo es un recurso no renovable, se ha resaltado un riesgo que atemoriza y no existe, y se ha minimizado otro que ya actualmente está comprobado y es inminente.

Los venezolanos han vivido con la creencia de que la explotación del petróleo supone la disminución y la destrucción consecutiva del patrimonio, ya que se trata de un recurso no renovable, cuya extracción provoca el agotamiento progresivo y global. Sin embargo, lo que no se dice es que el petróleo, a diferencia de otros recursos naturales no renovables, perderá su valor económico antes de agotarse su existencia.³⁷

Pocos venezolanos están conscientes de que actualmente con más de 300 años de reservas comprobadas,³⁸ el principal riesgo de Venezuela, no es que se agote su principal riqueza, sino que la dejemos enterrada, ya que queramos o no, muy probablemente antes de que transcurra un siglo, otras fuentes de energía sustituirán al petróleo.³⁹ En fin, los países con mayores reservas, también tienen el mayor riesgo de dejar enterrado para siempre,

³⁶ Señalaba el Presidente Caldera en 1975 con motivo de la nacionalización del petróleo: "No estamos cerrando el ciclo del petróleo. Todo lo contrario. Estamos cerrando el ciclo de las compañías petroleras". Ob cit., p. 24. Paradójicamente bajo el segundo gobierno del Presidente Caldera se dio la apertura petrolera.

³⁷ En nuestro criterio ha sido un profundo error considerar al petróleo como el "oro negro", y equiparar su valor al de dicho metal precioso, pues, el oro siempre, desde la misma existencia del hombre, ha tenido valor y por esa simple razón, seguramente, mientras exista, siempre lo tendrá. En cambio, el cuantioso valor económico del petróleo no guste o no, desaparecerá antes de que se agote su existencia, cuando la "utilización" de otras fuentes de energía, que ya existen, sea más económica. Es realmente absurdo pensar en que el petróleo se irá agotando en ciertas partes del mundo y que en virtud de ello, Venezuela se convertirá, gracias a sus grandes reservas, en el único proveedor privilegiado. Si ello ocurriera, los precios del petróleo subirían tanto que cualquier otra fuente de energía de las que hoy ya se conocen, sería más barata. Ello, por sí sólo, y no su total agotamiento, bastaría para poner fin a la era del petróleo, el cual volvería a ser un simple aceite negro mal oliente enterrado en el subsuelo de los países con mayores reservas. Y quienes duden de ello que se pregunten ¿cuántas maquinarias funcionan hoy con carbón?

³⁸ Venezuela cuenta en la actualidad con las reservas petroleras más grandes del mundo cuando se incluye la Faja Petrolífera del Orinoco. Ese volumen de reservas, según lo expertos, nos permitiría producir petróleo por más de trescientos setenta años a un tasa de explotación de tres millones de barriles diarios (Según las cifras de la OPEP, actualmente la producción de Venezuela -2.8 MM- está por debajo de esa cantidad). Cfr. TORRES, Gerver; Un Sueño para Venezuela. Editado por Liderazgo y Visión, A.C. Caracas, 2001. Y si se incrementara la producción a seis millones de barriles, lo cual implica duplicar la producción de hoy, Venezuela tendría petróleo para más de 200 años. Cfr. SOSA AZPURUA Juan Carlos; La apertura petrolera, Caracas, 1997, p. 24.

³⁹ No se trata pues, de que la humanidad no ha logrado descubrir otras fuentes de energía. Se trata de que, hasta ahora, resultan más costosas. Es probable que cuando culmine el ciclo del petróleo algunas compañías petroleras desaparezcan, pero lo más probable es que cuando ello ocurra la gran mayoría de ellas ya estén preparadas para transformarse en compañías de energía.

gran parte de su petróleo. Por tanto, se hace imprescindible, como lo han señalado varios expertos, aumentar la producción tal y como lo han venido haciendo continuamente otros países productores como Arabia Saudita. Tenemos la impresión de que este riesgo para la nación, que sí es real, se ha minimizado, porque, quizás, supone para los gobernantes de turno un riesgo personal de fallar en la obtención de la difícil meta de poder duplicar la producción. En realidad, Venezuela difícilmente podrá alcanzar ese objetivo arremetiendo contra las compañías petroleras y cediendo mercados a otros países petroleros.

d) Monopolio del Estado: "garantía de justa distribución de la riqueza"

El cuarto mito se refiere a que el petróleo sólo puede estar en manos del Estado garante de la justa distribución de la riqueza. Todo comienza con las Ordenanzas de minería españolas de 1783 que reservan al dominio de la Corona los recursos minerales existentes en el subsuelo, quien quiera que sea el propietario de la superficie. En 1829, el Libertador Simón Bolívar, como era de esperarse en esos tiempos, al dictar durante la Gran Colombia la primera legislación republicana de "minas", que no se refiere en modo alguno al petróleo, establece que todos esos derechos previstos en aquellas ordenanzas reales de la corona española pasen ahora a los de la República.⁴⁰ No obstante, el Estado venezolano contemporáneo, en lugar de adaptar esa concepción a las nuevas épocas, paulatinamente fue avanzando hacia la estatización de la industria, hecho que finalmente se consumó el 1 de enero de 1976 con la entrada en vigencia de la supuesta "nacionalización." Esta tendencia, salvo algunos intentos fallidos de revisión, se mantiene como una tradición inalterable en todas las leyes que regulan la materia desde ese entonces hasta la más reciente Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Se señala que la "Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos", desde su promulgación, "ha adolecido de los defectos

*provenientes de una euforia estatista común en la década de los setenta, pero iniciada desde mucho antes en muchos lugares del mundo, donde se presu-
mía la bondad de la propiedad de los entes productores por parte de los go-
biernos. Los primeros favorecedores de esta teoría, fueron los regímenes
Comunistas, en especial el de la Unión Soviética, que constituyó el primer
régimen de economía totalmente controlada por el Estado. Posteriormente,
los regímenes Nacional Socialista y Fascista, buscaron conjugar economías
mixtas dominadas y controladas por el Estado, pero que permitían la pro-
piedad privada. Según esa ley, se otorga al Estado el monopolio de todas las
actividades con fines de lucro en lo relativo al petróleo y sus derivados. La
interpretación de los discursos pronunciados por el Congreso Nacional, no
deja lugar a dudas. Cualquier actividad con fines lucrativos que pudiera
emprenderse en Venezuela a partir de aquel momento, debía ser emprendida
por el Estado, no por la Nación en cualquiera de sus formas, sino el Estado.
Este monopolio, sin paralelo en Venezuela, no permite que ningún privado
lleve a cabo actividad petrolera alguna dentro del territorio venezolano."*⁴¹

En cambio, en Estado Unidos de América, país donde se desarrolla la explotación comercial del petróleo, se establece un régimen, según el cual, el petróleo que está en predios privados es propiedad privada, porque el Estado no necesariamente tiene que ser dueño del subsuelo. Debido a ello, los dueños de terrenos en los cuales exista petróleo cobran una renta por arrendarlos a compañías petroleras, cuyas acciones se cotizan en la bolsa, lo cual determina un destino netamente privado (compañías, accionistas y dueños de las tierras) de la renta petrolera. El ingreso del Estado norteamericano, que en ningún momento ha visto menoscabada su soberanía por este hecho, se centra en el efectivo cobro de impuestos a dichos particulares dentro de un marco jurídico seguro, estable y previsible.⁴²

⁴¹ BOCCO Miguel; "La apertura petrolera", Revista Electrónica Bilingüe N° 6, Agosto 1996.

⁴² La reflexión sobre la renta petrolera y su destino inmediato es un hecho presente en el pensamiento político venezolano desde el inicio del negocio petrolero. Desde posturas distintas, Gumersindo Torres y Vicente Lecuna, protagonizaron las primeras discusiones acerca de la inversión más conveniente de esta renta en la Venezuela gomecista: 1. Gumersindo Torres se inclina por una Tesis mixta, a favor de los propietarios, en caso de que existan títulos de propiedad privada de las superficies de terreno otorgadas en concesión. En este sentido, se inspira en la experiencia norteamericana. Torres cree que, si se adapta esta experiencia al caso venezolano, respetando la legislación y la propiedad del Estado sobre el subsuelo, el destino de la renta petrolera puede ser doble: para el Estado una parte y para los dueños de tierras con petróleo la otra; éstos últimos estarán así en capacidad de invertir ese cuantioso ingreso en otras actividades productivas y contribuir al desarrollo de la economía a través de la iniciativa privada. 2. Vicente Lecuna no comparte la posición de Torres, y se inclina hacia una Tesis estatista; por considerar que tanto la tradición jurídica venezolana como la naturaleza de los territorios del país son muy distintas a las de Norteamérica. Por una parte está la tradición legal, que le da al Estado

⁴⁰ Bajo la concepción de dominio del subsuelo, Venezuela otorga las primeras concesiones para explotar asfalto en 1865 y 1866. En agosto de 1905 Cipriano Castro promulga una nueva "ley de minas", cuya importancia radica en que es el instrumento jurídico que regula las primeras concesiones petroleras otorgadas durante su régimen. En 1907 se inicia el otorgamiento de concesiones. Esa recién aprobada "ley de minas" contempla una previsión que dará características especulativas al negocio en los años siguientes: el régimen otorga la concesión a una persona natural venezolana y ésta, acogiéndose a una cláusula legal que le permite traspasar total o parcialmente la concesión después de notificarlo al gobierno, la enajena, incluso pocos días después de haberla adquirido, a una compañía petrolera extranjera, quien paga una considerable suma de dinero acordada con el concesionario original por obtener el beneficio del traspaso y, obviamente, las ganancias futuras.

e) **La nacionalización del petróleo, “ahora el petróleo sí es de todos los venezolanos”.**

Siempre se ha dicho que el petróleo es de todos los venezolanos, pero nunca se ha explicado por qué ellos, si son sus dueños, no pueden participar directamente en las distintas fases de la operación de la industria petrolera, como incluso siempre lo han hecho las compañías petroleras extranjeras. Con la Ley Orgánica que Reserva al Estado el Comercio y Explotación de los Hidrocarburos,⁴³ se creó el mito de que se nacionalizó el petróleo, al punto que esa Ley se le conoce popularmente como “Ley de Nacionalización”. Mucho se ha escrito sobre las bondades de la Ley de “nacionalización” de 1975. Ahora bien, poco se resalta la diferencia que existe entre estatización y nacionalización.

Hay nacionalización de un bien o actividad cuando se transfiere su propiedad a los nacionales de un país o a sus instituciones. En cambio, hay estatización cuando la propiedad pasa a manos del Estado. Por ello, puede haber nacionalización de una actividad sin que necesariamente ello quiera decir estatización. Una empresa extranjera puede pasar a manos de los venezolanos (nacionalización) sin terminar bajo control o propiedad del Estado (estatización). Cuando se habla de la Ley de Nacionalización del petróleo del año 1975, de lo que en realidad se trata es de la estatización de todos los activos de las empresas petroleras que tuvieron la confianza de invertir en Venezuela. En primer lugar, se debe aclarar que el petróleo como tal, nunca había dejado de ser del Estado, y en segundo lugar, las empresas no pasaron a ser propiedad de nacionales venezolanos, sino más bien a manos del Estado.⁴⁴ La realidad es que el venezolano, salvo algunos intentos fallidos,⁴⁵ está desconectado de todas las fases de operación de la industria petrolera venezolana. No participa en su financiamiento, ni en su producción, ni en su transformación. El venezolano que tiene plena libertad de comprar en Nueva York, ac-

venezolano la propiedad íntegra del subsuelo; pero, por la otra, están los terratenientes venezolanos, a quienes Lecuna no considera unos agricultores dinámicos y modernos, al estilo de los farmers norteamericanos. Un porcentaje de la renta en manos de un latifundista venezolano, sostiene Lecuna, podría tener un destino incierto y contraproducente para los intereses nacionales, por tratarse de una clase precapitalista, sin tendencia a la innovación económica, a la producción y, en fin, al progreso. Por estas razones, Lecuna propone la propiedad nacional estatal del petróleo. Así, será el Estado, y solamente éste, quien decida cuál uso darle a la renta petrolera en función de intereses nacionales y no particulares. Esta última tesis es la que terminó por imponerse. Historia de Venezuela en Imágenes, Fascículo xvii, Fundación Polar, El Nacional <http://www.fpolar.org.ve/encarte/fasciculo17/fasc1702.html>

⁴³ Gaceta Oficial N° 1.170 extraordinario del 30 de agosto de 1975.

⁴⁴ TORRES; Ob cit, p. 90.

⁴⁵ A partir de 1969 con Petrolera Mito Juan, Talon Petroleum y Petrolera Las Mercedes.

ciones de las principales compañías petroleras del mundo que se cotizan en la Bolsa de valores, no puede siquiera, paradójicamente, comprar o invertir sus ahorros, en acciones de PDVSA, de la cual, se le hace creer, es su único dueño.⁴⁶ Dicho por los propios defensores del nacionalismo a ultranza, “al nacionalizarse lo que representaba el embrión de empresas venezolanas, concretamente, Mito Juan, Petrolera Las Mercedes y Talón de Venezuela, se esterilizó la posibilidad de nuevos desarrollos productivos del país vinculando sectores de la sociedad en lo que ha sido, y será por muchos años más, la principal actividad económica de Venezuela”.⁴⁷ Se impidió de esta manera el desarrollo de un sector privado nacional que podía, junto a las transnacionales, participar en la complementariedad de actividades.

2. El mimetismo legislativo:

Se puede observar a lo largo de la historia petrolera venezolana, que desde su origen, siempre se ha intentando resaltar, por un lado, un supuesto rescate de la soberanía nacional mientras que por otro, se intenta camuflar, a través de distintas modalidades legales, la siempre imprescindible presencia de las transnacionales petroleras.

Primero se estableció que los recursos del subsuelo pertenecían de manera soberana a la República y con esa salvedad se otorgaron las *concesiones*: primero a los venezolanos (allegados a Gómez), quienes al día siguiente las cedían a la compañías petroleras a cambio de grandes fortunas. Luego, en 1943, las concesiones se otorgaban directamente a las compañías petroleras a cambio de las regalías o royalties y el cobro del impuesto sobre la renta.⁴⁸ Luego, se anunció con júbilo el fin anticipado de las concesiones, no obstante se crearon los “*contratos de servicios*”, mediante los cuales las transnacionales seguían realizando sus actividades en Venezuela.⁴⁹ Finalmente llegó la nacionalización con los procesos de *avenimiento* donde las compañías petroleras recibieron multimillonarias indemnizaciones por sus

⁴⁶ Cfr. TORRES; Ob cit, pp. 39,90,91,93.

⁴⁷ RODRÍGUEZ ARAQUE Ali; “La Reforma Petrolera Venezolana de 2001”. Rev. Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2002, Vol. 8 N° 2 (mayo-agosto), p 196. Sostiene este autor que la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001), supera esta grave carencia, estableciendo explícitamente la participación del sector nacional en el artículo 18 de la LOH que ordena al Ejecutivo Nacional adoptar medidas “para estimular la creación y consolidación de empresas operadoras, de servicios, de fabricación y suministro de bienes de origen nacional”.

⁴⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 31 Extraordinario del 13 de marzo de 1943

⁴⁹ VILORIA Enrique; Petróleos de Venezuela, Colección Estudios Jurídicos N° 21, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1983, p. 53 y ss.

equipos y por la terminación anticipada de las concesiones. Se anunció que ahora sí había llegado el “fin del ciclo de las compañías petroleras”.⁵⁰ No obstante, luego de intensas discusiones y a pesar de que la industria venezolana en plena formación había adquirido la totalidad de los equipos y casi la totalidad del personal formado por las transnacionales petroleras, nuevamente la indispensable presencia de las transnacionales extranjeras hizo que en dicha legislación se crearan figuras contractuales como los contratos operativos y también los convenios de asociación. Específicamente, el artículo 5 de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (1975), consagró la posibilidad de celebración de estos convenios. Con base a esta normativa, se comenzó a desarrollar a partir de 1990 la apertura de la industria petrolera en Venezuela a través de:

- (i) Convenios Operativos de la 1era, 2da y 3ra Ronda que establecían que las empresas privadas llevaban a cabo las actividades de desarrollo de campos marginales (ya explotados por PDVSA y que requerían inversiones para incrementar su producción) por cuenta de PDVSA y recibían un estipendio en base a una fórmula que dependía de la producción incremental del campo. La relación de las empresas privadas con PDVSA era de contratista;
- (ii) Convenios de Ganancias Compartidas (Profit Sharing) para la exploración de áreas nuevas. Estos convenios de asociación fueron autorizados por el Congreso y establecían la exploración a riesgo de las empresas privadas y la posibilidad de PDVSA de entrar en los proyectos una vez que se hubiese declarado la comerciabilidad de uno o más descubrimientos. En este caso, las empresas privadas tenían la titularidad de la actividad y del crudo a cabeza de pozo; y
- (iii) Convenios de Asociación Estratégica para la Faja del Orinoco. Estos convenios de asociación fueron negociados individualmente por PDVSA con sus socios privados para desarrollar los recursos de crudo extra pesado de la Faja del Orinoco. Estos convenios también fueron autorizados por el Congreso y PDVSA participó como socio con acciones doradas que le dieron un derecho de veto con relación a las decisiones más importantes de cada asociación.

En este proceso de “apertura petrolera” se celebraron 32 convenios operativos, 8 convenios de ganancias compartidas y 4 asociaciones estratégicas.

⁵⁰ Ver nota supra 36.

Como lo demuestra la historia, la tesis del “rescate de la soberanía”, sólo ha servido para impedir la participación en la industria petrolera, no de las empresas extranjeras a quienes por ineludible necesidad, una y otra vez, se acude a ellas, sino de los propios venezolanos quienes no participan en ninguna de las fases de producción, a quienes paradójicamente con el slogan de la “nacionalización” y “PDVSA es de todos” se les pretende hacer creer que ellos, y no los gobiernos de turno que lo utilizan como arma política, son sus únicos y verdaderos beneficiarios.

3. Nuevo ultimátum contra los inversionistas petroleros:

Cabe señalar que en Venezuela todos los convenios con inversionistas extranjeros, producto de la apertura petrolera existentes en la actualidad, fueron celebrados con base a la legislación derogada. Concretamente, en el caso de las Asociaciones estratégicas el Estado venezolano acordó reducir temporalmente (9 años o menos si concurrían ciertas circunstancias) la regalía de un 16.66% hasta un 1 %, y la tasa del Impuesto sobre la Renta de un 67.7 % a un 34 %, para poder hacer rentables estos proyectos que requerían grandes inversiones e implicaban grandes riesgos para los inversionistas.⁵¹ Cabe resaltar que, precisamente, para evitar ciertas circunstancias inequitativas que se pudieran presentar en el futuro, las partes convinieron, en relación con el aumento de los precios del petróleo, unas formulas que permitían recortar automáticamente el tiempo de duración de la tasa mínima de regalía.

Con el nuevo gobierno del Presidente Hugo Chávez, la materia de hidrocarburos sufre una reforma, primero con la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (1999), y segundo, con el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos de fecha 13 de noviembre de 2001 que entró en vigencia en enero de 2002.⁵² En un primer momento, estas reformas no intentan afectar los compromisos ya adquiridos.

Sin embargo, en el 2005, se habla nuevamente de rescatar “la soberanía nacional sobre los hidrocarburos”⁵³ y ponerle “fin a los abusos e irregula-

⁵¹ Tal reducción de la regalía fue autorizada conforme al artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos (Del 13 de marzo de 1943, modificada en 1967), vigente en ese momento. La ley del Impuesto sobre la Renta fue modificada a tales efectos.

⁵² Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

⁵³ Cfr. Gaceta Oficial N° 38.185 de fecha 12 de mayo de 2005 en la cual se publicó el Acuerdo emanado de la Asamblea Nacional en el cual, además de hacer expresa alusión al “rescate de la soberanía nacional” de hidrocarburos, se recogen las declaraciones hechas por el Presidente de la República sobre supuestas irregularidades detectadas tanto en los 32 Convenios

ridades cometidas por las compañías transnacionales”, a quienes se les exige, en el caso de los convenios operativos, la migración en un plazo de seis meses a una nueva modalidad contractual: los “contratos mixtos” con participación mayoritaria del Estado. Y a los inversionistas de los Convenios de Asociación Estratégica para la Faja del Orinoco se les impone un aumento en el pago de la regalía, no en los términos acordados expresamente en los referidos convenios, sino en los términos previstos en el régimen legal vigente desde 2002.⁵⁴

⁵⁴ Operativos celebrados por PDVSA entre los años 1992-1997 como en los Convenios de Asociaciones Estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco y se autoriza la creación de una comisión especial que investigará dichas irregularidades. La primera ley especial de hidrocarburos fecha 19 de junio de 1920 fijaba la regalía en un 15% del valor mercantil del mineral, con la posibilidad de que el Ejecutivo Federal rebajara dicho canon atendiendo a la distancia del lugar donde se realiza la explotación hasta el embarcadero más cercano, al hecho de que no estuviere explotada ninguna otra mina o yacimiento de las mismas sustancias a menos de 10 kilómetros de dicho lugar y a las dificultades especiales de transporte que se presenten para la empresa. Sin embargo en ningún caso, dicho canon de explotación podía ser menor al 10% del valor mercantil del mineral (en caso de pagarse en efectivo) o al 10% del mineral bruto extraído (en caso de pagarse en especie). En la Ley sobre Hidrocarburos del 2 de junio de 1921 se regula la materia en forma casi idéntica. La Ley sobre Hidrocarburos y demás minerales combustibles del 9 de junio de 1922 reduce a 10% el porcentaje del impuesto de explotación, con la posibilidad de rebajarlo en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda ser menor a Bs. 1,50 por cada tonelada de petróleo, en los siguientes casos: (i) concesiones situadas a más de 250 kilómetros del mar o del Lago de Maracaibo o cuando entre aquéllas y las mencionadas costas estuviere de por medio la Cordillera de los Andes y (ii) en las concesiones cubiertas por las aguas del mar, de los lagos o de los ríos navegables. Idéntico tratamiento se da a el impuesto de explotación en la Ley sobre Hidrocarburos y demás minerales combustibles del 18 de julio de 1925, en la del 18 de julio de 1928 y en la del 17 de junio de 1935. En la ley del 5 de agosto de 1936 se regula la materia en forma casi idéntica, salvo que se establece que en caso de la rebaja prevista para las concesiones que estén en alguna de las circunstancias especiales antes señaladas, el impuesto no puede ser menor de Bs. 1,50 por cada metro cúbico de petróleo. La ley del 6 de enero de 1939 fija el porcentaje de la regalía en un mínimo de 15% del mineral explotado cuando la concesión estuviere ubicada en terrenos baldíos y de 16% cuando la concesión fuere otorgada sobre terrenos del patrimonio de la Nación, municipales o de propiedad particular. El valor de la regalía no puede bajar de Bs. 3 por metro cúbico de petróleo, calculado a una temperatura de 15 grados. La misma ley provee la posibilidad de una rebaja de la regalía al 12,5% del valor mercantil del mineral para las concesiones situadas a más de 250 kilómetros del mar o del Lago de Maracaibo o cuando entre aquéllas y las mencionadas costas estuviere de por medio la Cordillera de los Andes y para las concesiones cubiertas por las aguas del mar, de los lagos o de los ríos navegables. La misma rebaja procede cuando la regalía sea recibida en especie. La Ley de Hidrocarburos de 1943 introduce modificaciones sustanciales con respecto a leyes anteriores, no sólo por lo que respecta a la regalía, sino en lo que se refiere a los demás aspectos de la industria petrolera. En cuanto al impuesto de explotación, todas las concesiones se sometieron al pago de un impuesto del 16 2/3% sobre el valor del petróleo crudo extraído de ellas, con el objetivo de aumentar la participación del Estado en la industria petrolera. Se eliminó el caprichoso distingo consagrado por leyes anteriores entre concesiones en tierra firme y en terrenos cubiertos por las aguas, lo mismo que el relativo a la situación geográfica de las concesiones. La exposición de motivos de esta ley califica el sistema de mínimos establecido en leyes anteriores, inclusive la de 1938, para el cálculo del impuesto de explotación como arbitrario, anticientífico y contrario a los intereses del Fisco Nacional, pues sin tomar en cuenta los verdaderos valores comerciales de los petróleos, se fijaban límites o mínimos idénticos para las diversas calidades de éstos, con lo cual se llegaba con bastante frecuencia al absurdo de que los petróleos más valiosos estuvieran pagando menos impuestos que aquellos cuyo valor mercantil era, por sus bajas densidades y demás razones técnicas, muy inferior. En la tabla de mínimos que se incluye en el Artículo 50 de la ley de 1943 se toman en cuenta los distintos tipos de petróleo de acuerdo con los pesos específicos, de grado en grado de densidad API, desde 18 hasta 42 grados. En el parágrafo Único del numeral 1° del Artículo 41 se confiere al Ejecutivo Federal la facultad de rebajar el impuesto de explotación cuando el costo de producción no permita (con la proporción del 16 2/3%) la explotación comercial de la concesión, trayendo como consecuencia que el concesionario deba suspender los trabajos con perjuicio para él y para el Estado, traducido éste último perjuicio en pérdida o menoscabo de riqueza porque ella habría de permanecer inexplorada en el subsuelo, en pérdidas de rentas por la cesación de los impuestos y en la disminución de empleos para la clase tra-

Cabe señalar que la reforma que se introduce a la Ley Orgánica de Hidrocarburos del año 2001, fija la regalía en un 30% de los volúmenes de hidrocarburos extraídos de cualquier yacimiento.⁵⁵ No obstante, se prevé la posibilidad de que esta regalía sea rebajada en dos casos: (i) hasta un límite del 20%, en caso de que se demuestre a satisfacción del Ejecutivo Nacional que un yacimiento maduro o de petróleo extrapesado de la Faja del Orinoco, no es económicamente explotable con la regalía del 30%, y (ii) hasta el límite de 16 2/3 %, en caso de que se demuestre a satisfacción del Ejecutivo Nacional, que proyectos para mezclas de bitúmenes procedentes de la Faja Petrolífera del Orinoco, no son económicamente viables con la regalía del 30%. En ambos casos se consagra la posibilidad de que la regalía sea restituida nuevamente al 30%, cuando se demuestre que la economicidad del yacimiento o la rentabilidad del proyecto pueden mantenerse con dicha restitución.

No pretendemos cuestionar aquí la posibilidad legítima que tiene todo Estado soberano de modificar su legislación. Lo que sí queremos advertir, es que un gobierno de turno no puede desconocerle a los inversionistas los compromisos legítimamente adquiridos por el gobierno anterior. Ambos gobiernos comprometen la responsabilidad del Estado en el plano internacional. Precisamente ello, y la frecuencia con que en el pasado un gobierno desconocía a los inversionistas extranjeros los compromisos adquiridos por el gobierno anterior, explican el auge y proliferación exponencial de los TBI en los que se garantiza un marco jurídico estable y previsible.

IV. POSIBILIDAD DE ACUDIR AL CIADI:

El arbitraje CIADI, a diferencia de otros procedimientos de arbitraje, como por ejemplo el de la CCI, no está referido a disputas comerciales que surgen por cualquier tipo de incumplimiento contractual. El objeto del arbitraje CIADI, son las disputas en materia de protección de las inversiones y el incumplimiento de obligaciones internacionales a cargo de los Estados.

Como antes indicamos, Venezuela ha ratificado una serie de tratados internacionales multilaterales y bilaterales que permiten a los inversionistas

⁵⁵ bajadora. La Ley de Hidrocarburos del 13 de octubre de 1955 es prácticamente idéntica a la de 1943. Únicamente 3 artículos fueron reformados y no hubo ningún cambio con respecto al régimen de impuestos y regalías. En la reforma del año 1967 no hubo modificaciones en esta materia, pues se mantuvo una disposición idéntica a la de la ley de 1943. Cfr. Memorandum interno de Travieso Evans Arria Rengel & Paz, JAHNKE Jennifer, Caracas, 1-04-05.

Artículo 44

acudir al arbitraje CIADI, en caso de que consideren que alguno de los derechos amparados en esos tratados ha sido vulnerado por el Estado venezolano.⁵⁶ Asimismo, la Ley de Inversiones venezolana contiene, como explicaremos más adelante, los estándares mínimos de protección contenidos en la generalidad de los TBI, y constituye, en nuestra opinión, un instrumento que los inversionistas que no están protegidos por un tratado, podrían utilizar para acceder al CIADI.

1. Requisitos:

El preámbulo del Convenio CIADI claramente establece que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter alguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje. En este sentido, el artículo 25 (1) del Convenio CIADI establece una serie de requisitos que se deben cumplir de manera concurrente para que una controversia pueda ser conocida por el Centro CIADI. Esta norma es imperativa, pues, delimita la extensión de las funciones del Centro que sólo el convenio puede regular y por tanto mal podrían las partes alterar contractualmente.⁵⁷

Del análisis de dicho artículo 25(1) y de la creciente jurisprudencia que se ha establecido hasta el momento,⁵⁸ podemos inferir que para que una controversia sea conocida por el Centro CIADI, se tienen que cumplir de manera concurrente los siguientes cinco requisitos:

- a) Que sea producto de diferencias de naturaleza jurídica.
- b) Que la controversia surja directamente de una inversión.
- c) Que la controversia haya surgido durante la vigencia del régimen de protección de inversiones.
- d) Que sea entre un Estado contratante y el nacional de otro estado contratante; y
- e) Que las partes hayan consentido por escrito en someterla al Centro.

Como puede observarse, los primeros dos requisitos están relacionados con la *Ratione Materiae*, el tercero con la *Ratione Temporis*, el cuarto se refiere a la *Ratione Personae*, y el último con la *Ratione Consensus*.⁵⁹

a) Controversia de naturaleza jurídica:

El primer requisito exigido por el artículo 25(1), es que se trate de "diferencias de naturaleza jurídica". Aunque el Convenio CIADI no define lo que debe entenderse por diferencia de naturaleza jurídica, en los trabajos preparatorios del convenio se hizo hincapié en el hecho de que éstas no podían incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que se entendía que esta expresión requería de la existencia de un derecho o una obligación jurídicos.⁶⁰

En el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI, se señala que la expresión "diferencia de naturaleza jurídica" se ha utilizado para dejar claro que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. "La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal".⁶¹

En este orden de ideas, los tribunales arbitrales CIADI han acogido la definición de controversia adoptada por la Corte Permanente de Justicia internacional y por la Corte Internacional de Justicia, que en diversos fallos han señalado que se trata de un "*desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos*", o una "*situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de una obligación jurídica*". Se ha dicho que puede considerarse que existe una controversia en los términos del Convenio CIADI, cuando "*las partes mantienen reclamaciones de derecho o de*

⁵⁶ Además del G3, ver supra nota 23

⁵⁷ Los contratos sólo tiene efecto entre las partes y no pueden imponer obligaciones a terceros que éstos no están dispuestos a asumir. Sobre la imposibilidad de alterar contractualmente estos requisitos véase REED, PAULSSON, BLACKABY; ob cit., p. 14. Para las diferencias que no resulte posible el arbitraje bajo el Convenio CIADI, se encuentra disponible el arbitraje bajo el reglamento del Mecanismo Complementario del Centro, que sí puede ser aplicado de mutuo acuerdo por las partes en aquellos casos que no concurren estos requisitos.

⁵⁸ Debido a que la generalidad de los Estados demandados oponen que el Centro no tiene "jurisdicción" para conocer la respectiva controversia.

⁵⁹ Algunos autores prefieren clasificar estos requisitos en tres grupos, otros en cuatro. La diferencia de números básicamente se explica por la unificación de los requisitos *ratione materiae* en uno sólo. Nosotros nos inclinamos por dividirlos, pues, aunque ambos ciertamente se corresponden con la *ratione materiae*, son conceptos totalmente distintos y no basta con que se cumpla uno de ellos. Asimismo, el elemento *ratione temporis* es un requisito que se ha comenzado a destacar en recientes laudos CIADI, y por ello hemos considerado útil agregarlo a la lista de requisitos.

⁶⁰ ICSID, History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington, D. C., ICSID, vol. II-1, p. 51, citado por ÁLVAREZ ÁVILA Gabriela; Las características del arbitraje CIADI. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen 2, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

⁶¹ Report of the Executive Directors, <http://www.worldbank.org/icsid>, N° 26.

hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, cuando "la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra". También se ha señalado que la controversia debe referirse a "problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica"; debe ir más allá de simples divergencias o quejas generales, pues, "ha de ser expuesta en términos de una reclamación concreta".⁶²

Asimismo, recientes laudos del CIADI han señalado que no basta que la controversia se refiera a un desacuerdo jurídico producto del mero cumplimiento o incumplimiento contractual por parte de un ente del Estado. Para evitar confusiones, como la ocurrida en el lamentablemente célebre caso Vivendi,⁶³ en el que se declaró la nulidad del laudo arbitral, se debe tener claro que un Estado puede incumplir un contrato sin incumplir un tratado internacional y viceversa.⁶⁴ Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito bajo el derecho interno, y lo que es ilícito bajo el derecho interno, puede que no implique violación alguna de las disposiciones de un tratado.⁶⁵ Asimismo, un mismo acontecimiento puede simultáneamente configurar la violación de un contrato y de un tratado, pero ambas cuestiones deben distinguirse, pues, suponen la aplicación de fuentes de derecho distintas y hasta el uso de vías distintas. El incumplimiento de un contrato conlleva, en principio, la aplicación de un derecho interno, la responsabilidad exclusiva del ente contratante, y el uso de la vía de resolución de controversias prevista en el contrato, mientras que en materia de protección de inversiones la caracterización de un acto atribuible al Estado como internacionalmente ilícito supone, por un lado, la responsabilidad del propio Estado conforme a las normas y criterios del derecho internacional y por otro, la posibilidad de acceder al arbitraje CIADI.

Para que pueda tener lugar en el ámbito del CIADI una reclamación contractual contra un Estado receptor, cuestión que actualmente no es muy común, es necesario que dicho Estado directamente, y no un ente suyo, haya

suscrito con el respectivo inversor el contrato relativo a la inversión que resulta supuestamente afectada por sus actos u omisiones. En este último caso, el Tribunal arbitral, según lo establecido en el artículo 42(1) del Convenio CIADI, decidirá la controversia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, se aplicará la legislación del Estado parte en la disputa, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional público que pudieran ser aplicables. Pero salvo este caso poco frecuente, la mayoría de las demandas reclaman una responsabilidad extracontractual del Estado, basada en los derechos consagrados en los tratados internacionales, especialmente en los TBI.

En fin, en los casos en que la responsabilidad contractual se solapa con la responsabilidad internacional, el inversionista debe evaluar con sumo cuidado la "elección de fuentes y de vías", no sólo porque el derecho aplicable podría resultar distinto, sino porque además, conforme al artículo 26 del convenio, el arbitraje CIADI excluye cualquier otro recurso, y salvo que el TBI o tratado en cuestión exija el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales, la elección de estas últimas vías podría significar, dependiendo de la redacción del respectivo texto, una renuncia tácita al arbitraje CIADI.

Por todo lo antes expuesto, resulta indispensable determinar con precisión la *fuerza de derecho* en que se fundamentará la reclamación, pues, como bien lo han advertido los reconocidos autores y árbitros Bernardo Cremades y David J.A. Cairns, la distinción entre *derechos* derivados de un Tratado, de un contrato o creados por la legislación nacional aplicable, resulta fundamental para poder comprender los recientes acontecimientos en los arbitrajes *inversor-estado* y el moderno régimen de protección a las inversiones.⁶⁶

b) Que surja directamente de una inversión:

El término "inversión" intencionalmente se dejó sin definir, a fin de dar mayor amplitud al concepto de inversión.⁶⁷

En el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI, se indica que: "No se ha intentado definir el término "inversión", teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo

⁶² Cfr. Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España, Caso CIADI ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2005, párrafos 94, 95 y 96. Asimismo, Lucchetti v. República del Perú, Caso CIADI Nº ARB/03/4, Laudo del 7 de febrero de 2005. Más recientemente Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan, Decisión de Jurisdicción Abril 22, 2005, párrafos 299 y ss.

⁶³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal v. República de Argentina, Caso CIADI Nº ARB/97/3, Decisión sobre la anulación, del 3 de julio de 2002.

⁶⁴ Ídem, párrafo 95.

⁶⁵ Así lo ha establecido la Corte Internacional, criterio que ha sido acogido por Tribunales Arbitrales CIADI. En este sentido Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal v. República de Argentina, Caso CIADI Nº ARB/97/3, Decisión sobre la anulación, del 3 de julio de 2002, párrafo 97.

⁶⁶ Cfr. CREMADES Bernardo y CAIRNS David J.A.: "La seguridad jurídica de las Inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados". Revista Internacional de Arbitraje Nº 1, pág. 66 y ss.

⁶⁷ SCHREUER, ob cit, pp.121 y 122.

mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4)).⁶⁸

A pesar de la ausencia de una definición de inversión, ha surgido cierto consenso en la doctrina en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos del Convenio CIADI. En este sentido, han sido identificadas, en términos similares aunque no idénticos, cinco características:

- i) Cierta duración.
- ii) Cierta regularidad de beneficio y rendimiento.
- iii) Implica un elemento de riesgo para ambas partes.
- iv) Implica compromisos o aportaciones substanciales.
- v) Debe ser importante para el desarrollo del Estado receptor.⁶⁹

En todo caso, la gran mayoría de los TBI y las Leyes de Inversión, contienen una definición de inversión. En este orden de ideas, la Ley de Inversiones venezolana define "inversión" en los siguientes términos:

"Todo activo destinado a la producción de una renta, bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley".⁷⁰

⁶⁸ Report of the Executive Directors, <http://www.worldbank.org/icsid>, N° 26. "Aún cuando se emitieron durante los trabajos preparatorios opiniones a favor de definir dicho término, el señor Broches, consejero jurídico del banco y presidente durante las reuniones de discusión del proyecto, se opuso a ello. Así, la omisión fue voluntaria, con el fin de dar la mayor amplitud al término de inversión". Cfr. ÁLVAREZ ÁVILA, ob cit., p. 217.

⁶⁹ Cfr. CREMADES y CAIRNS; ob cit., pp. 84 y 85. También SCHREUER, ob cit, párrafos 119-124, BLACKABY, ob cit., pp.34 y ss. En cuanto a laudos CIADI que analizan este significado véase: Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. e. República Eslovaca (Caso CIADI núm. ARB/97/4), Decisión sobre competencia de fecha 24 de mayo de 1999. Asimismo, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v el Reino de Marruecos, Caso CIADI ARB/00/4, y también Fedax, N.V. v. República de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/96/3), nota 52, pp.1382 y ss, en el que se consideró que los pagarés emitidos por la República y adquiridos por el demandante mediante endoso, constituían una inversión, concepto que debe analizarse a la luz del Convenio CIADI.

⁷⁰ Art. 3 de la Ley de Inversiones.

Por tanto, en lo que a una inversión en Venezuela se refiere, su significado estará definido o bien en el TBI que resulte aplicable, o en su defecto, en la Ley de Inversiones venezolana cuyo texto debe ser interpretado con criterios internacionales, es decir, a la luz del Convenio CIADI que procura su mayor amplitud.

c) Que la controversia haya surgido durante la vigencia del régimen de protección de inversiones:

La generalidad de los BITs, así como la Ley de Inversiones venezolana, establecen que se aplicarán tanto a las inversiones ya existentes en el país al momento de su entrada en vigencia, como a las inversiones que se realicen con posterioridad a ésta, pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferencia que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigor.⁷¹ A pesar de la claridad de este principio general, también previsto en la Convención de Viena,⁷² en la práctica, a veces, no resulta tan sencillo establecer con precisión el momento exacto en que surgieron las diferencias de naturaleza jurídica, pues, éstas se producen luego de que se ha verificado una serie de acontecimientos entre los cuales habría que distinguir aquellos hechos que tienen relación de causalidad de aquellos que no tienen esta relación. En efecto, aún cuando se pueden presentar simultáneamente más de una controversia,⁷³ se debe tener presente que suele haber una secuencia natural de acontecimientos que no pueden calificarse propiamente de "diferencias de naturaleza jurídica", sino que son simples hechos que conducen al nacimiento de éstas. A ciertos hechos se suman las divergencias y con el transcurso del tiempo otros acontecimientos como la discusión, rechazo, o falta de respuesta de la otra parte, escalan el conflicto hasta dar paso a la formulación de reclamaciones jurídicas concretas. "El conflicto de puntos de vista jurídicos sólo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior."⁷⁴

⁷¹ Art. 2 de la Ley de Inversiones.

⁷² Artículo 28: "Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". <http://www.derechos.org/nizkor/lcy/viena.html>

⁷³ Según la jurisprudencia del CIADI el factor clave para determinar la existencia de una o más controversias independientes es la identidad de objetos de éstas. Cfr. CMS Gas Transmisión Co. V. Argentina Caso Ciadi N° ARB/01/8 del 17-7-03, párrafo 109. Asimismo, Lucchetti v. República del Perú, idem, párrafo 50.

⁷⁴ Cfr. Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España, Caso CIADI ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2005, párrafos 94, 95 y 96. Asimismo, Lucchetti v. República del Perú. Caso CIADI N° ARB/ 03/ 4, Laudo del

d) Que sea entre un Estado contratante y el nacional de otro estado contratante:

El artículo 25 del Convenio CIADI, impide la posibilidad de que el Centro CIADI pueda administrar arbitrajes entre dos Estados, o entre dos particulares, así como arbitrajes entre un Estado y nacionales del mismo Estado parte en la diferencia.⁷⁵ En consecuencia, las solicitudes de arbitraje que se presenten ante Centro CIADI, sólo pueden estar dirigidas por inversionistas nacionales de otro Estado parte del Convenio CIADI contra el Estado receptor de la inversión que haya ratificado el Convenio CIADI.⁷⁶ La demanda debe estar dirigida literalmente contra el Estado receptor de la inversión y no contra una subdivisión política, empresa del Estado u organismo público. Sin embargo, el propio artículo 25(1) admite una excepción cuando el mismo Estado ha acreditado ante el centro las subdivisiones políticas u organismos públicos que podrían ser en sí mismos, no sólo partes protagónicas de la disputa sino también partes en el respectivo arbitraje CIADI.⁷⁷ Salvo los casos excepcionales de acreditaciones antes mencionados, el Estado receptor de la inversión es siempre parte de un arbitraje CIADI, bien porque directamente ha comprometido su responsabilidad a través de los tratados (casos más frecuentes), bien porque directamente ha suscrito con el inversor un contrato.

Una situación más compleja se presenta cuando la actuación ilícita la comete no directamente el Estado o una subdivisión política u organismo público acreditados ante el Centro, sino un ente público no acreditado.

El Convenio CIADI no contiene criterio alguno para determinar la imputación al Estado de los actos u omisiones de tales entes. No obstante, en el campo internacional los principios de responsabilidad del Estado han sido objeto de un extenso análisis y desarrollo. En este sentido los Tribunales CIADI han señalado que si la controversia deriva, no de la actuación directa del Estado, sino de un ente no acreditado, entonces el inversor deberá demos-

7 de febrero de 2005. Más recientemente *Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, Decisión of Jurisdiction Abril 22, 2005, párrafos 299 y ss.

⁷⁵ Art. 25 (2) (a).

⁷⁶ Si el Estado no ha ratificado el Convenio CIADI, no es factible el arbitraje bajo el Convenio. Sólo sería posible el arbitraje del Mecanismo Complementario.

⁷⁷ Hasta el julio de 2005 tan sólo diez Estados habían hecho este tipo de acreditaciones a subdivisiones políticas y a empresas estatales especialmente petroleras y eléctricas: Australia, Ecuador, Guinea, Kenia, Madagascar, Nigeria, Perú, Portugal, Sudán y Reino Unido. Véase: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm>. Conforme al art. 25(3) el consentimiento de una subdivisión política o de un organismo público requerirá la aprobación del Estado, salvo que éste haya notificado al centro que dicha aprobación no es necesaria.

trar que al Estado le resulta atribuible esta conducta según los criterios del derecho internacional. Cabe aclarar que no existe duda en el campo internacional sobre la responsabilidad del Estado por cualquier acto cometido por un ente inferior suyo. Las dudas se centran en determinar si el ente autor de la conducta ilegítima es en realidad un organismo público, y por ende, sus actos u omisiones resultan atribuibles al Estado. A este respecto, y en el ámbito del CIADI, el caso *Maffezini* explica de manera muy clara, los criterios internacionales sobre la responsabilidad del Estado y los aspectos que evidencian cuándo se está en presencia de un ente público. Se indica en la decisión que resolvió la excepción de jurisdicción en dicho caso que la prueba puede estar dirigida hacia varios factores tales como la propiedad, el control, la naturaleza, y los propósitos y objetivos del ente en cuestión, así como el carácter de las acciones realizadas. La conclusión de que la entidad es directa o indirectamente propiedad del Estado o controlada directa o indirectamente por éste, da lugar a la presunción refutable (*iuris tantum*) de que es un ente estatal. Una presunción similar ocurre cuando el propósito o los objetivos de una entidad sean realizar funciones de naturaleza gubernamental o que estén normalmente reservadas al Estado, o que, por su naturaleza, no sean realizadas habitualmente por empresas privadas o personas naturales. La aplicación de estos criterios resulta más clara cuando el ente está administrado y controlado directamente por el Estado, pero lo será menos cuando el Estado decida actuar a través de un ente mercantil como lo es una sociedad anónima u otro tipo de estructura societaria. El punto aquí es determinar si los actos u omisiones de dicho ente son funcionalmente de índole esencialmente gubernamental o comercial. Se concluye en la decisión sobre el fondo del asunto en el caso *Maffezini* que las acciones comerciales mal pueden ser atribuidas al Estado, en tanto que las acciones gubernamentales sí deben ser atribuidas al Estado.⁷⁸ En todo caso, se advierte que un Estado mal puede eludir su responsabilidad ocultándose tras el velo de una sociedad anónima.⁷⁹

En resumen, bien la actuación ilegítima sea realizada directa por el Estado o bien por un ente suyo inferior, el arbitraje CIADI debe estar dirigido contra el Estado y sólo en los casos excepcionales de acreditación, contra las subdivisiones políticas u organismos públicos.

⁷⁸ Caso CIADI ARB/97/7; *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*. Laudo del 13 de noviembre de 2000, párrafos 52 y ss.

⁷⁹ Caso CIADI ARB/97/7; *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, párrafos 76 y ss.

En cuanto al “nacional de otro Estado contratante”, el Convenio CIADI distingue entre personas naturales y personas jurídicas, y establece para cada uno de estos nacionales determinados requisitos:

i) Persona natural:

El artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, da cualidad a una persona natural de someter al Centro CIADI diferencias con un Estado, siempre y cuando su nacionalidad, tanto al momento en que se produjo el consentimiento de someter la diferencia a arbitraje, como al momento del registro de la solicitud de arbitraje, sea la de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia. En ningún caso, y en ninguna de las dos fechas antes mencionadas, la persona natural puede tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

De acuerdo con este último requisito, un inversionista que tenga doble nacionalidad y sea nacional de un Estado contratante y nacional del Estado parte en la diferencia en cualquiera de las dos fechas antes señaladas, no podrá incoar un arbitraje ante el CIADI. El objetivo es evitar una confrontación entre una persona y el Estado del cual es nacional, así como el de obviar los problemas muy complejos de doble nacionalidad.⁸⁰ Hasta el presente, más de una decena de casos CIADI han sido iniciados por personas naturales.⁸¹

ii) Persona jurídica:

En cuanto a las personas jurídicas, el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, no sólo contempla la posibilidad de presentar una solicitud de arbitraje a cualquier persona jurídica que, a la fecha del consentimiento de las partes, sea nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte de la diferencia, sino que, también, extiende esta posibilidad al caso en que un inversionista extranjero constituye una sociedad local “controlada por éste” como vehículo de su inversión.

⁸⁰ ÁLVAREZ ÁVILA, Ob cit., p. 214.

⁸¹ *Ibidem*, quien recopila los siguientes casos: A saber: Ghaith R. Pharaon v. República de Túnez (Caso CIADI núm. ARB/86/1), Philippe Gruslin v. Malasia (Caso CIADI núm. ARB/94/1), Antoine Goetz y Otros v. República de Burundi (Caso CIADI núm. ARB/95/3), Robert Azinian y Otros c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/2), Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España (Caso CIADI núm. ARB/97/7), Joseph C. Lemire c. Ucrania (Caso CIADI núm. ARB(AF)/98/1), Eudoro A. Olguín v. República de Paraguay (Caso CIADI núm. ARB/98/5), Victor Pey Casado y Fundación presidente Allende c. República de Chile (Caso CIADI núm. ARB/98/2), Alex Genin y Otros v. República de Estonia (Caso CIADI núm. ARB/99/2), Philippe Gruslin c. Malasia (Caso CIADI núm. ARB/99/3), Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI núm. ARB(AF)/99/1), Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo (Caso CIADI núm. ARB/99/7), Antoine Goetz y Otros v. República de Burundi (Caso CIADI núm. ARB/01/2).

El Convenio CIADI no indica el criterio para definir la “nacionalidad” de una persona jurídica, ni tampoco precisa el término “control extranjero”. Sin embargo, dos criterios han sido invocados como pertinentes para definir la nacionalidad de una persona jurídica en la jurisprudencia internacional y en la jurisprudencia del CIADI, a saber: 1) el lugar de constitución y 2) el lugar del domicilio principal.⁸² Y respecto al término de “control extranjero”, se ha dicho que se trata de un concepto amplio y flexible,⁸³ que las partes gozan de una amplia discreción para poder definir lo que consideran control extranjero, pero esa definición debe ser razonable, pues, las partes no pueden ir en contra de los fines y objeto del convenio. Entre los criterios “razonables” se habla de responsabilidad de la gestión, los derechos de voto, la nacionalidad de los miembros de la junta directiva, etc.⁸⁴

En el caso Tokios Tokeles, se estableció que:

“...La Convención no define el método para determinar la nacionalidad de entes jurídicos, dejando esta tarea a la discreción razonable de las Partes Contratantes ..., cualquier determinación razonable de la nacionalidad de las personas jurídicas contenida en la legislación nacional o en un tratado debe ser aceptada por una comisión o tribunal del CIADI, los tribunales del CIADI han adoptado uniformemente la prueba de la constitución o sede más que el control en el momento de determinar la nacionalidad de una persona jurídica⁸⁵ ... El objeto y propósito del Tratado confirma igualmente que la prueba de control no debe usarse para restringir el alcance de “inversionistas”⁸⁶”

El Reglamento de la Ley de Inversiones contiene una serie de normas que precisan cuándo se está en presencia de una inversión es controlada efectivamente por inversionistas internacionales.⁸⁷ Cabe destacar, que el Regla-

⁸² ÁLVAREZ ÁVILA, Ob cit., p. 215.

⁸³ BLACKABY, Ob cit., p. 31.

⁸⁴ *Ibidem*. En este sentido véase Caso CIADI N° ARB/00/5 Autopista Concesionaria de Venezuela, C.A. v República Bolivariana de Venezuela. Decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001.

⁸⁵ Esta afirmación se basa también en las siguientes decisiones CIADI: Kaiser Bauxite Company v. Jamaica, SOABI v. Senegal, Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. República Bolivariana Venezuela.

⁸⁶ Caso CIADI N° ARB/02/18, Tokios Tokeles v. Ucrania.

⁸⁷ Establece el art. 4 del Reglamento del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones. Gaceta Oficial N° 37.489 del 22 de julio de 2002: “A los efectos del Parágrafo Único del artículo 3° del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, se entiende que una inversión es controlada efectivamente por inversionistas internacionales:

1. Cuando su participación en la empresa receptora de la inversión sea igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social, patrimonio o activos de la misma, según la forma jurídica que esta empresa adopte; o,

mento no sólo se refiere a personas jurídicas, sino también a las agrupaciones empresariales, como los consorcios y demás formas contractuales, y por ello emplea acertadamente el término empresa receptora de la inversión que es un término más amplio que el de "persona jurídica".⁸⁸

Por otra parte, no ha de extrañar que una vez surgida las diferencias, un inversionista cuya nacionalidad no le permita acceder a la protección de algún TBI, tenga la tentación de crear algún vehículo jurídico que tenga la nacionalidad de algún Estado que sí haya ratificado un TBI con el Estado parte de la controversia. Al respecto, cabe advertir que las mismas decisiones que establecen una gran flexibilidad al momento de interpretar la frase "control extranjero", contienen también observaciones muy categóricas con respecto a la posibilidad de levantar el velo corporativo para verificar la legitimidad de la protección solicitada.

La misma decisión en el caso Tokios Tokeles, indicó lo siguiente a los fines de permitir el levantamiento del velo corporativo:

"El caso primordial, al respecto, es el de Barcelona Traction. En ese caso el Tribunal Internacional de Justicia ("TIJ") indicó, "el proceso de levantamiento del velo, siendo un caso excepcional admitido por el derecho municipal con respecto a una institución de su propia creación, es igualmente admisible para que cumpla un papel similar en el derecho internacional. Particularmente, el Tribunal observó, "la abundancia de práctica ya acumulada en la materia en derecho municipal indica que el velo se levanta, por ejemplo, para prevenir el uso indebido de los privilegios de la personalidad jurídica, como en ciertos casos de fraude o acto ilícito, para proteger a terceros como el acreedor o el comprador o para prevenir la evasión de requerimientos legales o de obligaciones ..."

"... Estos pocos ejemplos demuestran que en general, los tribunales del CIADI no aceptan el criterio de que su competencia está limitada por for-

2. Cuando, a juicio del organismo correspondiente conforme al artículo 6º de este Reglamento, con independencia del porcentaje de participación de inversionistas internacionales en la empresa receptora de la inversión, estos inversionistas estén en capacidad de decidir sobre las actividades de la misma, sea mediante:

- a) El ejercicio de los derechos de propiedad o uso de la totalidad o de una parte de los activos de la empresa receptora de la inversión; o,
- b) El control igual o superior a la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración; o,
- c) El control sobre las decisiones de sus órganos de dirección o administración, mediante cláusulas contractuales, estatutarias o por cualquier otra modalidad; o,
- d) El ejercicio de una influencia decisiva sobre la dirección técnica, comercial, administrativa y financiera de la empresa receptora de la inversión".

⁸⁸ Cfr. Art. 5.

malidades y más bien resuelven acerca de su competencia con base en una revisión de las circunstancias que rodean el caso y, en particular, la relación real entre las compañías involucradas. Esta jurisprudencia revela el deseo de los tribunales del CIADI de abstenerse de tomar decisiones acerca de su competencia con base en apariencias formales y de basar sus decisiones en una evaluación realista de la situación ante ellos."⁸⁹

El tribunal, después de haber reconocido la posibilidad de levantar el velo corporativo a los fines de determinar la legitimidad de la protección solicitada por Tokios Tokeles, llegó a la siguiente conclusión:

*"... El Demandante obviamente no creó Tokios Tokeles con el fin de obtener acceso al arbitraje Ciadi conforme al TPI contra Ucrania, ya que la empresa se fundó seis años antes de que el TPI entre Ucrania y Lituania entrara en vigencia. En efecto, no existe evidencia en el registro de que el demandante usó su nacionalidad legal formal para uso indebido alguno".*⁹⁰

Aunque se resolvió que Tokios Tokeles tenía acceso al CIADI, se hizo un completo análisis para determinar si tal acceso se obtuvo de "manera indebida". En el caso Autopista Concesionada de Venezuela C.A. vs. Venezuela, se hizo un análisis similar, el cual mencionó el concepto de "sociedad de conveniencia", en el momento de analizar si un traspaso de acciones fue hecho exclusivamente para obtener acceso al CIADI.

"Las circunstancias reales en este caso confirman esta conclusión. En efecto, el Tribunal no ha encontrado indicación alguna que sirva de apoyo a los argumentos de Venezuela con respecto a que Icatech es una sociedad de conveniencia que ejerce un control que es puramente ficticio a los fines de la jurisdicción o que el comportamiento de Aucoven en el contexto del traspaso de acciones fue engañoso".

Este párrafo y los contenidos en la decisión de Tokios Tokeles configuran 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, podría llevar a un tribunal CIADI a rechazar la jurisdicción por "abuso de forma" o uso de una "sociedad de conveniencia".

⁸⁹ Cita del caso Banro American Resources Ins. Vs. Congo

⁹⁰ Párrafo 56 de la decisión.

e) Que las partes hayan consentido por escrito en someterla al Centro:

El consentimiento es la piedra angular en que descansa la "jurisdicción" del Centro CIADI.⁹¹ El único requisito formal es que conste por escrito la voluntad, tanto del Estado receptor de la inversión como del inversionista. Ya antes indicamos que el preámbulo del ICSID claramente establece que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado, no se reputará que constituye una obligación de someter diferencia alguna a conciliación o a arbitraje. Por tanto, el consentimiento al arbitraje CIADI no es automático, sino que depende del consentimiento escrito de ambas partes, el cual una vez otorgado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1)).

Ahora bien, el Convenio CIADI no exige que dichos consentimientos consten en un sólo instrumento. Según se indica en el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, el consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro (Artículos 28(3) y 36(3)), pero el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse tal consentimiento. De allí, que el consentimiento puede darse tanto para diferencias futuras que puedan surgir, por ejemplo, en relación con un determinado contrato, o respecto a diferencias que hayan ya surgido entre las partes. Asimismo, se señala en el referido informe que el Convenio CIADI tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento.

Estos principios están en armonía con las legislaciones arbitrales que siguen la Ley Modelo UNCITRAL como la venezolana. En efecto, constituye un principio general que para que pueda tener lugar el arbitraje es indispensable que exista un acuerdo de arbitraje. Éste, conforme al artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. Por su parte, el artículo 6 de la misma Ley, establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar

por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Hechas estas precisiones, veamos a continuación las distintas maneras en que los Estados y los inversionistas pueden manifestar dicho consentimiento.

i) *Consentimiento del Estado:*

Los Estados manifiestan su consentimiento de acceder al CIADI en cualesquiera de estos tres tipos de instrumentos:

- 1) En un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato.
- 2) En Convenios Multilaterales o TBIs.
- 3) En leyes de inversiones.

El primer instrumento es el más obvio y sencillo. No presenta problema alguno. El Estado manifiesta a través de una cláusula su consentimiento de someter a arbitraje bajo el Convenio CIADI las controversias que pudieren surgir respecto a un determinado contrato.

El segundo tipo de instrumento, está representado por los tratados internacionales, bien sean éstos multilaterales o bilaterales.⁹² Si bien existen TBI que exigen, como el propio Convenio CIADI, un consentimiento expreso de ambas partes, la mayoría de los TBI, sin embargo, contiene un consentimiento genérico por anticipado por parte de los Estados. Estos consentimientos anticipados por parte de los Estados, han sido calificados como una invitación u "oferta abierta de arbitraje" que pudiera ser aceptada por el inversionista en un momento ulterior.⁹³ Existe abundante jurisprudencia CIADI sobre el particular.⁹⁴

Un tercer tipo de instrumento está conformado por las Leyes de inversiones, las cuales configuran, en la mayoría de los casos, al igual que los tratados internacionales, ofertas abiertas de arbitraje. Alrededor de 30 Estados

⁹² El G3 es un ejemplo de Tratado Multilateral ratificado por Venezuela que remite al arbitraje CIADI.

⁹³ CREMADES, CAIRNS, Ob, cit., p. 95 y ss. En inglés han sido denominados "arbitration without privity". Cfr. Reed, Paulsson, Blackaby; Ob cit., p. 22.

⁹⁴ Entre otras: Asian Agricultural Products Limited v. República Socialista Democrática de Sri Lanka June 27, 1990 (ICSID Case N° ARB/87/3); American Manufacturing & Trading, Inc. v. República de Zaire, February 21, 1997 (ICSID Case N° ARB/93/1, specially paragraphs 5.20 and 5.23); Československa Obchodni Banka, A.S. v. República Eslovaca, May 24, 1999 (ICSID Case N° ARB/97/4, párrafos 37 y 38). Eudoro A. Olguín v. República del Paraguay, Agosto 8, 2000, ICSID Case N° ARB/98/5, párrafos 26 y 27. En relación con la oferta abierta de arbitraje contenida en el Tratado de la Carta de Energía (ECT) véase Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, February 8, 2005 y las decisiones allí citadas.

⁹¹ Así se reconoce en el Informe de los Directores Ejecutivos. Cfr., <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>, párrafo 23 y ss.

ofrecen en sus legislaciones de inversiones el arbitraje CIADI. Venezuela ha sido considerado como uno de esos Estados.⁹⁵ No obstante, como bien apunta SCHREUER, "algunas leyes nacionales de inversión establecen inequívocamente la solución de disputas por parte del CIADI". "Otras leyes no son tan claras, pero aún así puede inferirse que expresan el consentimiento del Estado a la jurisdicción del CIADI. Al respecto, las leyes nacionales indican que el inversionista extranjero 'tendrá derecho a solicitar' que la disputa sea resuelta en forma definitiva mediante alguno de los distintos métodos, incluyendo la Convención CIADI; que cualquiera de las partes de la disputa 'puede transferir la disputa' a una de varias instituciones, incluyendo el CIADI, o que la disputa 'será resuelta' (shall be settled) ("*sera réglé*") por uno de estos métodos".⁹⁶ En nuestra opinión, en este último supuesto se encuentra la Ley de Inversiones venezolana.

En efecto, establece el artículo 22 de la Ley de Inversiones:

"Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo**, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente." (Subrayado nuestro).

Como puede observarse, no estamos en presencia de una norma que establece de manera inequívoca el consentimiento del Estado venezolano al arbitraje del CIADI. Por el contrario, la redacción de esta norma presenta ambigüedad, pues, contiene frases contradictorias y una interpretación apegada a la letra de la ley, es decir, literal, conduciría a una conclusión carente de sentido y utilidad. Por una parte, esta disposición legal establece que las controversias "*serán sometidas*" al arbitraje internacional, sugiriendo que se trata de un "deber" para el Estado y no una simple posibilidad. Nótese que emplea el

⁹⁵ ÁLVAREZ ÁVILA, Ob. cit., p. 212. En la nota 23 la autora y consejero jurídico del CIADI, cita precisamente a la Ley de Inversiones venezolana como ejemplo.

⁹⁶ SCHREUER, Ob. cit., pp. 200 y 201, especialmente párrafo 262. Traducción libre del inglés.

vocablo "serán" y no el vocablo "*podrán*" ser sometidas al arbitraje internacional. Sin embargo, por otro lado, señala esta misma disposición legal, que serán sometidas al arbitraje "*si así éste (el tratado) lo establece*", lo cual, haciendo una interpretación literal y aislada de esta frase, induce a pensar que es necesario el ulterior consentimiento escrito de las partes, ya que la mera ratificación del Convenio CIADI no implica el consentimiento del Estado.

Ante una norma ambigua, es tarea del intérprete buscar su verdadero sentido y alcance. Tratándose no de un tratado sino de una legislación interna, consideramos que hay que acudir, en primer lugar, a los principios y medios de interpretación de las leyes, aunque como veremos más adelante, tratándose en definitiva de un asunto relativo a la "jurisdicción" del CIADI, también cabría entonces examinar este asunto a la luz de los criterios internacionales.

Comenzando por los medios de interpretación de las leyes internas, tenemos que será pertinente una interpretación restrictiva cuando las palabras del legislador van más allá de su intención; en cambio, procederá una interpretación extensiva cuando el significado propio de las palabras utilizadas por el legislador es insuficiente para determinar su verdadera intención. Cabe advertir, que el hecho de que la norma en su conjunto sea ambigua, no significa que las palabras empleadas por el legislador en cada una de sus frases, también lo sean. "Puede acontecer que la palabra de la Ley no sea indeterminada o ambigua, sino que tenga un significado perfectamente cierto o definido, y sin embargo, sea impropia o inexacta porque no corresponde al pensamiento del legislador. En esta hipótesis, es necesario que el intérprete no se cía al sentido natural y propio de la palabra, sino que la amplíe o restrinja para hacer que coincida exactamente con el pensamiento del legislador. Cuando la palabra es inexacta o impropia, porque expresa menos de lo que el legislador pensaba decir, es indispensable, a fin de respetar la voluntad de la ley, extender el significado natural de la palabra hasta comprender lo que se quiso, pero no se logró expresar adecuadamente. Tal es el caso de la interpretación extensiva".⁹⁷ Al contrario de la extensiva, la interpretación restrictiva cabe utilizarla cuando la norma de ley entendida, según su significado natural de las palabras, importe contradicción con otra norma o con un principio fundamental de derecho, o con la *ratio legis*.⁹⁸

⁹⁷ COVIELLO Nicolás; Doctrina General de Derecho Civil, Edit., Hispano-Americana, México 1949, p. 84.

⁹⁸ Ídem, p. 87.

En este orden de ideas, cabe señalar que dos distintas conclusiones pueden inferirse del análisis de esta norma. La primera, sería el resultado de una interpretación, según la cual, esta disposición legal establece el consentimiento del Estado venezolano de someter las controversias al arbitraje CIADI, en tanto se cumplan los demás requisitos exigidos en el respectivo tratado. A este resultado se llegaría atribuyendo a la frase "*serán sometidas al arbitraje internacional*" su sentido natural, y haciendo una interpretación restrictiva de la frase *impropia* "*si así éste (el tratado) lo establece*". La segunda, sería el resultado de una interpretación conforme a la cual esta disposición legal sólo tiene el propósito de recordar a los inversionistas potenciales que las controversias pueden ser sometidas a arbitraje internacional siempre y cuando sean nacionales de algún Estado que tenga con Venezuela algún tratado internacional que así lo establezca expresamente. En otras palabras, se restringe el uso del arbitraje sólo a aquellos inversionistas que tengan ese derecho consagrado en un tratado internacional. A este resultado se llegaría haciendo una interpretación restrictiva de la frase "*serán sometidas al arbitraje*", y una interpretación literal de la frase "*si así éste (el tratado) lo establece*".

¿Cuál, entonces, de las dos frases debe considerarse impropia? El propósito en ambos casos sería el de realizar una interpretación restrictiva, sólo que en el primer supuesto se favorece el uso del arbitraje, y en el otro, no sólo se restringe el significado de una palabra, sino también el uso del arbitraje.

Ante todo, debemos señalar que la interpretación que se adopte, debe estar en armonía con los nuevos principios constitucionales. En este sentido, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), establece expresamente en su artículo 258 que "*la ley promoverá el arbitraje*". De manera que, una Ley que restrinja el uso del arbitraje, sería, a todas luces, inconstitucional. Por tanto, una interpretación que restrinja el uso del arbitraje, no pareciera estar en armonía con los nuevos principios constitucionales.

Por otra parte, si nos atenemos a la *ratio legis*, también encontraremos razones que justifican una interpretación a favor del arbitraje. En efecto, la Ley de Inversiones tiene por objeto la promoción y protección de inversiones, y contiene un marco de estándares mínimos similar al de la mayoría de los TBI. Establece: i) El principio de plena protección y ambiente de seguridad de las inversiones, en un marco jurídico estable y previsible (Art 1). ii) El derecho de trato nacional (Art. 7). iii) El derecho, con ciertas limitaciones, al trato más favorable (Art. 9). iv) El derecho a un trato justo y equitativo (Art.

6). v) El derecho a un trato no arbitrario o discriminatorio (Art. 6); vi) El principio de no confiscación y el derecho de compensación por expropiación (Art. 11), y vii) El derecho a la repatriación de inversiones y rentas (art.12).

Por tanto, el lugar de procurar un foro neutral para la resolución de disputas como lo ha sido tradicionalmente el arbitraje internacional para los inversionistas, mal podría afirmarse que lo que más conviene a la promoción y protección de inversiones es su restricción. Pensamos que la interpretación a favor del arbitraje encuentra respaldo en la propia Ley de Inversiones, puesto que ésta establece en su artículo 21 que:

"Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática en primer lugar, y si no se llegase a un acuerdo (...) el Estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral...".

En otras palabras, si frente a los Estados que no han ratificado tratado alguno sobre inversiones, Venezuela tiene la obligación de propiciar el sometimiento de la controversia a arbitraje, con mayor razón existiría tal obligación en los casos de inversionistas cuyos países de origen han ratificado el CIADI.

Asimismo, el actual Tribunal Supremo de Justicia, al resolver un recurso de nulidad interpuesto precisamente contra la Ley de Inversiones, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el referido artículo 22 y señaló que este texto legal: "*promovió y desarrolló el mandato constitucional en referencia (art 258), al establecer el arbitraje como parte integrante de los mecanismos de solución de controversias que surjan entre un inversionista nacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o de las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI)*".⁹⁹

⁹⁹ Sentencia de la Sala Constitucional, del 14 de febrero de 2001.

La jurisprudencia del CIADI, por su parte, también apoya las conclusiones antes expuestas. Aunque algunas de las decisiones que se pronuncian a favor de la oferta abierta de arbitraje contenida en legislaciones de inversiones, se refieren a leyes que no presentan ambigüedad como la de Albania,¹⁰⁰ otras, en cambio, se pronuncian sobre leyes de redacción tan ambigua como la Ley de inversiones venezolana. Concretamente el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, analiza la Ley de inversiones de Egipto que tiene una redacción similar a la Ley de Inversiones venezolana. También la doctrina ha comentado esta relevante decisión.

A diferencia de la legislación interna, la referida decisión aclara que “los instrumentos relativos a la jurisdicción del centro no deben ser interpretados ni de manera restrictiva ni extensiva, sino objetivamente y de buena fe, y la jurisdicción tendrá lugar, -si y solo si- la fuerza de los argumentos militan a favor de su procedencia.”¹⁰¹

Hecha esta primera advertencia, conviene señalar que la solicitud de arbitraje en dicho caso se basó en el artículo 8 de la Ley No. 43 de Egipto del año 1974, relativa a la Inversión de Fondos Árabes y Extranjeros y la Zona Libre. Establece el artículo 8 de esta ley:

“Las disputas relativas a Inversiones con respecto a la aplicación de las disposiciones de esta Ley se resolverán en la forma a ser acordada con el inversionista o dentro del marco de los convenios vigentes entre la República Árabe de Egipto y el país de origen del inversionista o dentro del marco de la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre el Estado y los nacionales de otros países a la cual Egipto se adhirió en virtud de la Ley No. 90 de 1971, en los casos en que sea aplicable la referida Convención”.¹⁰²

Señala SCHREUER que Egipto, aunque admitió la posibilidad teórica de que se puede dar el consentimiento anticipado mediante la legislación de

¹⁰⁰ *Tradex Hellas, S.A. v. República de Albania*, ICSID Case N° ARB/94/2, Award on jurisdiction of December 24, 1996, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, 1999, pág. 161. Article 10.4 of the Law for the promotion and Protection of Investments establishes that: “In case both Contracting Parties have become members of the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States, disputes between either Contracting Party and the investor of the other Contracting Party under the first paragraph of this Article shall be submitted for settlement by conciliation or arbitration to the International Center for the Settlement of Investment Disputes”.

¹⁰¹ Párrafo 63. Sin embargo, señala COVIELLO que “hay que guardarse de la máxima errónea de que las disposiciones de índole excepcional no son susceptibles de interpretación extensiva”. “Resulta que todas las normas de ley son susceptibles de interpretación extensiva, por muy excepcionales que sean.” COVIELLO, Ob cit, pp. 84 y 85.

¹⁰² Traducción libre del inglés. Cfr. www.egyptlaws.com. The Middle East Library for Economic Services.

inversiones, negó que ello hubiese ocurrido en el caso particular de la legislación egipcia. Específicamente, Egipto alegó que la referencia al CIADI no era ejecutable por sí misma, y por ende, requería de un acuerdo de arbitraje separado con el inversionista. Igualmente alegó Egipto, que la ley ofrecía varios métodos alternativos de solución de disputas entre los cuales las partes tenían que elegir anticipadamente. Y que la propia Convención ofrece la conciliación o el arbitraje como dos alternativas posibles. En consecuencia, en el criterio de Egipto, la Ley No. 43 era demasiado ambigua y equivoca para establecer el consentimiento del Estado al arbitraje del CIADI. Argumentó que más bien dicho artículo, sólo tenía el propósito de informar a los inversionistas potenciales que el arbitraje del CIADI era uno de una variedad de métodos de solución de disputas que los inversionistas podían procurar negociar con las autoridades egipcias en las circunstancias apropiadas.¹⁰³

En el criterio de los Demandantes, la disposición legislativa era inequívoca y obligatoria. Había una relación jerárquica entre los tres métodos especificados en la misma. Esto significaba que, a falta de un convenio sobre solución de disputas entre las partes y de un tratado bilateral de inversiones aplicable, debía recurrirse al CIADI.¹⁰⁴

El Tribunal llevó a cabo un análisis gramatical detallado del texto correspondiente, incluyendo el original en árabe. Ello lo llevó a concluir que el texto árabe ordenaba el sometimiento de las disputas a los varios métodos establecidos en el mismo en la medida en que tales métodos fuesen aplicables. Con respecto a la cuestión de la prioridad entre los varios métodos de solución de disputas, el Tribunal estuvo de acuerdo con el argumento de los Demandantes, en el sentido de que existía una relación jerárquica indicada desde lo más específico hasta lo más general. La solución conforme a un tratado bilateral de inversiones, estaría disponible solamente en caso de ausencia de un convenio entre las partes, o sea, en ausencia del método más específico... El Tribunal encontró la confirmación de esta interpretación en el decreto egipcio para la aplicación de la Ley No. 43.¹⁰⁵

El Tribunal también rechazó el argumento de Egipto de que las palabras “dentro del marco de la Convención” y “en los casos en que sea aplicable

¹⁰³ Cfr. SCHREUER, Ob cit, pp. 201 y 202.

¹⁰⁴ Ídem, p. 202, párrafo 265.

¹⁰⁵ Ídem, párrafo 266.

la referida Convención”, estaban sujetas a la condición de un consentimiento específico. Ello, en el criterio del tribunal, hubiese destruido la lógica del propio artículo 8 de la Ley No. 43. De requerirse un convenio especial, la autorización del CIADI se subsumiría en el método primario de solución indicado en el mismo, a saber “en la forma a ser acordada con el inversionista.”¹⁰⁶

En virtud de que la frase “en los casos en que sea aplicable la referida Convención” coincide con la redacción de la Ley de Inversiones venezolana, resulta conveniente transcribir lo señalado por el Tribunal Arbitral:

“Para la aplicación de las disposiciones de la Convención, es necesario que los requisitos del artículo 25 sean satisfechos. Al respecto, las disposiciones sobre resolución de disputas de la Convención no aplicarán si el inversionista no es un nacional de otro Estado contratante. Tampoco aplicarán si no se trata de una controversia jurídica o no deriva directamente de una inversión. Respecto al consentimiento necesario para establecer la jurisdicción del Centro, el artículo 25 solamente exige que éste sea ‘por escrito’. La Convención no establece una forma particular para manifestar el consentimiento, tampoco exige que el consentimiento sea otorgado bajo la forma de caso por caso. Por el contrario, los redactores del Convenio indican que el consentimiento puede ser otorgado de manera anticipada a través de la legislación interna. En virtud de ello, el Tribunal no puede aceptar el argumento de que la frase “en los casos en que ésta aplique” (en la referida disposición) exige una ulterior o manifestación de consentimiento ad hoc a la jurisdicción del Centro.”¹⁰⁷

El Tribunal rechazó también la idea de que el Artículo 8 tenía sólo la consecuencia de informar a los inversionistas potenciales acerca de la disposición de Egipto, en principio, de negociar un acuerdo de arbitraje. Nada había en la legislación que requiriera otra manifestación *ad hoc* de consentimiento a la jurisdicción del Centro. Igualmente, el argumento de que la celebración de un tratado bilateral de inversiones por parte de Egipto, contentivo de una cláusula del CIADI, implicaba que el acceso al CIADI aún no estaba disponible conforme a la legislación interna, no resultó convincente para el Tribunal. La naturaleza obligatoria de la disposición legislativa fue también confirmada por la literatura oficial sobre promoción de inversiones de Egipto.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ídem, párrafo 267.

¹⁰⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on jurisdiction dated November 27, 1985 (ICSID Reports at 112 et seq.) and April 14, 1988 (3 ICSID Reports, at 131 et seq.) Traducción libre del inglés.

¹⁰⁸ SCHREUER, Ob cit., párrafo 267.

La conclusión del Tribunal, fue la siguiente:

“116. Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal decide que el Artículo 8 de la Ley No. 43 establece una secuencia obligatoria y jerárquica para los procedimientos de solución de disputas y constituye un expreso “consentimiento escrito” a la jurisdicción del Centro dentro del significado del artículo 25(1) de la Convención de Washington en los casos en los que no existe otro método acordado para la solución de disputas y no existe un tratado bilateral aplicable.”¹⁰⁹

En un caso posterior, *Manufacturers Hanover Trust Co. versus la República Árabe de Egipto y la Autoridad General de Inversiones y Zonas Libres*, también se basó en la jurisdicción del Centro CIADI en la Ley No. 43 de Egipto del año 1974. Aunque no existe una decisión publicada, es sabido que cuando se llegó a una solución entre las partes, en el caso ya se había dictado una decisión sobre la jurisdicción. Por ende, puede concluirse que en este caso, el Tribunal Arbitral también decidió que la Ley No. 43 contenía el consentimiento de Egipto a la jurisdicción del CIADI.¹¹⁰

ii) Consentimiento del Inversionista:

Al igual como ocurre con el consentimiento del Estado, los inversionistas también pueden expresar su consentimiento de tres maneras:

- 1) En un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato.
- 2) Mediante carta de aceptación de la oferta abierta de arbitraje contenida en un Convenio Multilateral, TBI o Ley de Inversiones.
- 3) A través del Registro de solicitud de arbitraje.

La primera situación no amerita comentario alguno. Respecto a la carta de aceptación de la oferta abierta de arbitraje contenida en un Convenio Multilateral, TBI o Ley de Inversiones los Directores Ejecutivos del CIADI expresaron en su informe: “El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”.¹¹¹

¹⁰⁹ Ídem, párrafo 268.

¹¹⁰ Ídem, párrafo 269.

¹¹¹ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>. Párrafo 24.

En el caso *SPP v Egipto*, el Tribunal Arbitral, declaró que el inversionista había perfeccionado su consentimiento al arbitraje del ICSID cuando, un año antes del inicio del proceso, éste había enviado una correspondencia al Ministerio Egipcio de Turismo, señalando: "Por medio de la presente le notificamos que aceptamos la incontrovertible jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones el cual está abierto a nosotros como consecuencia de la Ley N° 43 de 1974, en cuyo artículo 8 establece las disputas sobre inversiones podrán ser resueltas mediante el arbitraje del ICSID".¹¹²

Respecto a la tercera manera, en el caso *Tradex Hellas, S.A. v. República de Albania*, el Tribunal Arbitral, estableció que el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI, comenzó a ser efectivo en última instancia cuando el inversionista extranjero presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI, haciendo uso de la respectiva Ley de Inversiones.¹¹³ Por su parte, la doctrina de manera unánime acepta que en la práctica del Centro, el consentimiento del inversionista o aceptación de la oferta abierta de arbitraje, se realice aun en la misma solicitud de arbitraje.¹¹⁴

Para concluir cabe señalar que contra Venezuela, hasta ahora se han intentado cinco arbitrajes CIADI, de los cuales tres han terminado, y los otros dos están aún pendientes de decisión. A saber, 1) *Fedax vs. Venezuela* (Caso N° ARB/96/3), el cual concluyó por acuerdo de las partes. 2) *Grad Associates P.A. vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB/00/3), el cual no continuó por falta de pago de las tarifas administrativas. 3) *Autopistas Concesionarias de Venezuela vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB/00/5), en el cual se condenó a Venezuela y ésta cumplió voluntariamente con la ejecución del laudo. 4) *Vannessa Ventures vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB(AF)/04/6), aún pendiente, y 5) más recientemente *I&I Beheer B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB/05/4) cuya solicitud de arbitraje fue presentada este mismo año 2005.

¹¹² Cfr. Caso N° ARB/84/3 Decisión sobre jurisdicción I (27 de noviembre de 1985). ICSID Reports I 12 (1995). Asimismo, REED, PAULSSON, BLACKABY I; Ob cit, p. 36.

¹¹³ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p. 187. Traducción libre del inglés.

¹¹⁴ Cfr. ESCOBAR, Alejandro A.: "Los sistemas de arbitraje del CIADI", La solución de Controversias en el Hemisferio, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, página 291. A. R. PARRA, Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 12 (1997) p. 287. SCHREUER, Ob cit, p. 206 y ss. REED, PAULSSON, BLACKABY; Ob cit, p. 38.

V. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO CIADI:

- 1) Idiomas oficiales: Si las partes no conviniesen en un idioma para el procedimiento, cada una podrá escoger a tal efecto uno de los idiomas oficiales. A saber, castellano, francés o inglés.¹¹⁵
- 2) Lugar del arbitraje: Los procedimientos se tramitarán en la sede del Centro CIADI en Washington, DC, salvo que las partes acuerden en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya, o en la de cualquier otra institución con la que el Centro tenga un acuerdo a tal efecto.¹¹⁶
- 3) Medidas cautelares: Aunque el artículo 47 del Convenio CIADI y el artículo 39(5) de las Reglas de Arbitraje, establecen que el Tribunal Arbitral podrá "recomendar" la adopción de aquellas medidas provisionales que considere apropiadas, cabe señalar que la jurisprudencia del CIADI, ha interpretado el vocablo "recomendar" en sentido de que las partes están obligadas a acatar tales recomendaciones.¹¹⁷
- 4) Reconocimiento y ejecución: Un de las principales ventajas de la Convención CIADI, es que la eficacia y ejecución de los laudos que se dictan conforme a ella, es mucho más efectiva que cualquier otra convención internacional, incluyendo la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales. En efecto, la Convención de Nueva York, si bien presume la validez del laudo arbitral, establece en su artículo 5 una serie de causales, siete en total, por las cuales se

¹¹⁵ Artículo 22(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI, El Centro tiene acuerdos para sedes en el Cairo, Kuala Lumpur, Melbourne, Singapur, y Sydney. Cfr. REED, PAULSSON, BLACKABY; Ob cit, p. 31.

¹¹⁶ En este sentido, Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decisión sobre solicitud de medidas provisionales (28 de octubre de 1999). Asimismo, Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2), Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes del 25 de septiembre de 2001, párrafo 17 y ss. No obstante, señala SCHREUER, que la historia del Convenio CIADI demuestra claramente que la intención era la de no otorgar al Tribunal Arbitral la facultad de ordenar medidas cautelares vinculantes. El delegado de China objetó el carácter vinculante de las medidas cautelares (laudos provisionales), y finalmente la palabra "prescribe" prevista en el primer borrador, fue luego sustituida, por decisión de la mayoría, por la palabra "recommend". SCHREUER, Ob., cit, pp. 757 y 758. Además de este autor, para un análisis sobre el alcance, requisitos y oportunidad véase ANTONIETTI Aurélio; "ICSID and Provisional Measures: an overview", News from ICSID, Vol. 21, N° 2, Winter 2004.

puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo.¹¹⁸ Entre esas causales está “que el reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario al orden público de ese país.” En virtud de que no existe consenso en cuanto a lo que debe entenderse por “orden público”, ésta es una causal que se utiliza con mucha frecuencia para *retardar* las ejecuciones de los laudos.¹¹⁹

Bajo la Convención CIADI, no existe causal alguna que se pueda alegar para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo. Adicionalmente, su cumplimiento se puede solicitar en cualesquiera de los 142 Estados que han ratificado este tratado en donde se encuentren bienes del Estado condenado, como si se tratase de una sentencia judicial dictada por un tribunal judicial perteneciente al Estado en que se solicita dicho cumplimiento.

- 5) Recursos contra el laudo: Un laudo arbitral del CIADI no puede ser revisado por tribunal judicial alguno. Conforme al artículo 53 de la Convención CIADI, no puede ser objeto de apelación, ni de cualquier otro recurso, incluyendo el amparo,¹²⁰ excepto en los casos previstos en el Convenio. El recurso de interpretación¹²¹, revisión¹²² y de nulidad¹²³ que las partes pueden ejercer, solamente

¹¹⁸ a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2, estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisorio, o contenga decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisorio; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2.- También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Cfr. REED, PAULSSON, BLACKABY; Ob cit, p. 95 y ss.

¹²⁰ MEZGRAVIS, Andrés; El amparo constitucional y el arbitraje, Revista Derecho Administrativo, N° 6, Mayo-Agosto Caracas, 1999, Edit. Sherwood, p. 255 y ss.

¹²¹ “Artículo 50:

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración...()

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo...() Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración”.

¹²² “Artículo 51.

pueden ser conocidos por Tribunales Arbitrales igualmente del CIADI, quienes son los únicos que pueden suspender temporalmente la ejecución del laudo mientras resuelven dicho recurso.

Finalmente, otra ventaja a favor del CIADI, es que mientras la generalidad de los arbitrajes son confidenciales, los arbitrajes del CIADI son del conocimiento público y se anuncian en la página web del Centro. “En un mundo en el que los Estados compiten para atraer la inversión extranjera, un arbitraje ICSID es generalmente considerado como una “marca negra” que el Estado ansía borrar y, por lo tanto, usualmente le otorga al inversionista una posición negociadora más fuerte frente al Estado recalcitrante”.¹²⁴

VI. CONCLUSIÓN

En conclusión, podemos afirmar que el arbitraje CIADI se encuentra en plena expansión y toda apunta a que el crecimiento exponencial de casos, especialmente contra países Latinoamericanos, continuará por algunos años. Dichos países, que en otras épocas ratificaron con entusiasmo o incluso resignación, un número importante de TBIs, hoy sus nuevos gobiernos de turno, se han encontrado con un espectacular desarrollo jurisprudencial, cuya uniformidad, moderan y reducen, sin duda alguna, los poderes hegemónicos que los entes del Estado ejercían en otros tiempos. Actuaciones del Estado que en el pasado sus propios tribunales consideraban legítimas, puesto que se escuda-

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir...() la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) ...()

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición”.

¹²³ “Artículo 52:

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo...().. fundado en una o más de las siguientes causas:

a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;

b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;

d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que funde.

()...

(5) Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo”.

¹²⁴ BLACKABY, ob cit, p. 58.

ban en el “ejercicio de la soberanía” o en el “interés público”, hoy pueden violar obligaciones internacionales y ser calificadas de trato arbitrario, injusto o no equitativo por tribunales arbitrales internacionales. El arbitraje CIADI, en los albores del siglo XXI, se ha convertido en un refugio para los inversionistas, y en un instrumento que persuade a los Estados sobre la inconveniencia de incumplir las promesas y protecciones ofrecidas, provocando así, indudablemente, un nuevo e insospechado equilibrio entre los Estados y los particulares.