



NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES

En fecha 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia sobre el recurso de interpretación presentado por la República Bolivariana de Venezuela sobre el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (LPPI) y las ofertas de arbitraje establecidas en los diferentes Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (TBIs).

Del contenido de la sentencia puede extraerse como conclusión que la Sala Constitucional no considera que la norma contenida en el Artículo 22 de la LPPI sea una oferta de arbitraje como había sido la interpretación dominante en la doctrina nacional.

En resumen, la sentencia estableció lo siguiente:

1. RESUMEN EJECUTIVO

- i. Venezuela reconoce la posibilidad de que existan ofertas de arbitraje en los tratados bilaterales de inversión que ha suscrito.
- ii. Venezuela reconoce que es posible que un Estado manifieste su voluntad de acudir a la jurisdicción arbitral del CIADI por medio de la promulgación de una Ley Nacional.
- iii. El Artículo 22 de la LPPI, según la Sala

Constitucional, no contiene una oferta de arbitraje, por lo que, en principio, no sería posible perfeccionar acuerdos de arbitraje con base en esta disposición.

- iv. La Sala igualmente, reconoció diversos poderes de los Tribunales Arbitrales, entre los cuales destaca el principio de competencia-competencia que implica que el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre su competencia, incluyendo decisiones referentes a la validez de un acuerdo de arbitraje, reconociendo así que un Tribunal Arbitral Internacional no se encontraría vinculado por una sentencia de un Tribunal Nacional, que se haya pronunciado sobre el tema.

A continuación les ofrecemos un análisis más detallado del contenido del fallo.

2. LOS ARBITRAJES EN MATERIA DE INVERSIÓN

Resulta importante señalar que la Sala Constitucional reconoció la importancia de los arbitrajes en materia de inversión señalando expresamente que "no es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente

decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral.....”.

Igualmente, la sentencia analiza los tratados bilaterales de inversión, otorgándoles un papel preponderante en la protección de los inversionistas extranjeros y su relación con los Estados receptores de la inversión, haciendo especial énfasis en que éstos tratados trasladan los principios de la Protección Diplomática (Ofrecida directamente por los Estados de Origen de los Inversionistas) directamente a los Inversores, otorgándoles el derecho de perseguir directamente a los Estados receptores de la inversión en los términos previstos en el propio acuerdo bilateral de protección y promoción recíproca de inversiones, creando derechos directos a favor de los inversionistas, reconociendo efectivamente la existencia del arbitraje sin consentimiento contractual para resolver aquellos reclamos fundamentados en violaciones del respectivo tratado.

En la introducción sobre el Capítulo de Arbitraje en Materia de Inversiones, la Sala Constitucional finaliza señalando que las Ofertas de Arbitraje que estén contenidas en los tratados bilaterales de inversión tienen plena validez, lo que se extrae de la siguiente declaración:

“Con lo cual, esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que **la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil, como Estado libre y soberano, - en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir, aprobar y ratificar tratados,**

acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así se declara.”

3. DE LAS FORMAS EN QUE EL ESTADO PUEDE EXPRESAR SU CONSENTIMIENTO PARA SOMETERSE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

La sentencia analizada, ha reconocido que existen varias formas en que el Estado puede manifestar su voluntad para someterse al arbitraje internacional:

1. Con la suscripción por parte de la Administración Nacional, Estadal Municipal, descentralizada o centralizada de un Contrato en el cual se incluya una Cláusula de Arbitraje.
2. Mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y
3. Mediante su establecimiento por una Ley Nacional.

Al analizar cada uno de estos supuestos la Sala Constitucional declaró que en cuanto al primer supuesto se reconoce la posibilidad de que el Estado acuerde en un Contrato someter sus diferencias al arbitraje señalando como único requisito lo establecido en el Artículo 2

de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en cuanto a que el acuerdo debe constar por escrito y que el mismo debe ser inequívoco y particular, ya que no puede referirse en términos generales a cualquier relación jurídica sino a una determinada.

En cuanto al segundo supuesto señala la sentencia que se verifica mediante la suscripción y ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de tratados internacionales tales como los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y protección de inversiones siempre que éstos contengan cláusulas a cerca de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado y un nacional del otro Estado.

En cuanto al tercer supuesto, referente al consentimiento del Estado por vía de una Ley Nacional, la Sala Constitucional reconoció que tal consentimiento puede efectivamente encontrarse en leyes, siempre y cuando se haga una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional. Sin embargo, señala la Sala que existen diferencias en la manera de interpretar el consentimiento contenido en un tratado y aquel que se encuentra en una Ley Nacional, cuyo parámetro debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

En este contexto la Sala realizó una afirmación, que consideramos positiva:

“Formular un análisis hermenéutico conforme los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia

que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia **(independientemente de lo que sostenga un Tribunal Nacional)**, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del Acuerdo de Arbitraje...”.

El reconocimiento por parte de la Sala Constitucional del principio competencia-competencia resulta de suma importancia para establecer los efectos de la sentencia comentada, pues se reconoce que el Tribunal Arbitral Internacional no está vinculado por los criterios de un Tribunal Nacional, por lo que queda en manos de los Tribunales Arbitrales que puedan constituirse, interpretar el alcance del Artículo 22 de la LPPI.

No obstante lo anterior, la Sala ratificó un criterio establecido en su jurisprudencia según el cual todo laudo arbitral que desconozca normas de orden público podría ser rechazado para su ejecución en el país. Con este criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela se coloca al margen de lo expuesto en el Artículo 54 (1) de la Convención CIADI según el cual: “Todo Estado contratante **reconocerá al laudo dictado conforme a este convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado...**”.

Continúa la Sala Constitucional señalando que la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia

que se genere por la aplicación de la Ley Sobre Promoción y Protección de Inversiones "... Conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de solución de conflictos sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de solución de conflictos en cada caso".

Igualmente, la Sala hace hincapié en que cada Ley Nacional que contenga una referencia al arbitraje debe ser analizada caso por caso para determinar si existe o no efectivamente una oferta abierta de arbitraje, realizando un estudio comparativo de diversas leyes nacionales de inversión de países de América Latina, África, Asia y Europa.

Para concluir sobre la inexistencia de una oferta de arbitraje, la Sala utilizó en sus propias palabras los métodos de interpretación de los tratados internacionales aplicados a la LPPI, es decir, se ha interpretado la Ley como si se tratara de un tratado internacional. Al realizar el análisis del Artículo 22, la Sala Constitucional distinguió tres supuestos de hecho:

1. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un TBIs, en cuyo caso debe atenderse al correspondiente acuerdo;
2. Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del convenio CIADI, haciendo énfasis en la existencia de una manifestación de voluntad por parte del Estado para someter las controversias al mecanismo de arbitraje del CIADI;
3. Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA).

De acuerdo al criterio expuesto por la Sala, el Artículo 22 de la LPPI, no contiene en si misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional "...sino que remite al contenido de los mismos (los tratados) para determinar la procedencia del arbitraje...".

En una afirmación que no compartimos, la Sala Constitucional señaló que asumir que existía una oferta general de arbitraje en Materia de Inversiones Extranjeras en la LPPI, derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya que bajo las Cláusulas de la nación más favorecida conforme a la cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o se haya concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, los inversores no solo excluirían la vía diplomática u otros medios para la resolución de conflictos, sino que, se viciaría de contenido el principio de buena fe del Estado al suscribir convenios con soluciones distintas o diversas a

las contempladas en el convenio CIADI, criterio éste que desde nuestro punto de vista es violatorio del principio básico de todo medio alternativo de solución de conflictos: la autonomía de la voluntad de las partes.



**Reporte legal
Nueva Jurisprudencia
sobre Arbitraje en
Materia de Inversiones
Octubre 2008**

**Hoet Peláez Castillo & Duque
Abogados**

Oficinas (Offices):

Centro San Ignacio, Torre Kepler
Av. Blandín, La Castellana
Caracas - Venezuela
Tel.: +58 212 201.8611 / 263.6644
Fax: +58 212 263.7744
E-Mail: infolaw@hpcd.com

Web Site: www.hpcd.com

Dirección Postal (Mailing Address)

International (International):

CCS 13031
P.O. Box 025323
Miami, Florida 33102-5323 U.S.A.

Venezuela:

Apartado 62.414, Caracas 1060-A

Contacto:

Fernando Peláez

E-Mail: fpelaez@hpcd.com
Telf.: +58 212 201 8501

Miguel Rivero

E-Mail: mrivero@hpcd.com
Telf.: +58 212 201 8571

Patrick Petzall

E-Mail: ppetzall@hpcd.com
Telf.: +58 212 201 8610

José G. Torrealba

E-Mail: jtorrealba@hpcd.com
Telf.: +58 212 201 8578

suministrar asesoría legal. Los lectores no deberían actuar sobre la base de la información contenida en este Reporte, sin obtener previamente asesoría jurídica específica. Los artículos de Reporte Legal pueden ser reproducidos, total o parcialmente, previa autorización escrita de Hoet Peláez Castillo & Duque, e indicando siempre su fuente u origen en forma destacada.

© 2008 Hoet Peláez Castillo & Duque. Todos los Derechos Reservados.

El objetivo del Reporte Legal es proveer información a los clientes y relacionados de **Hoet Peláez Castillo & Duque**. Los artículos de este Reporte reflejan los puntos de vista de sus respectivos autores y no persiguen