

ALLAN R. BREWER-CARIÁS

ARBITRAJE EN EL SECTOR  
PÚBLICO Y ARBITRAJE  
INTERNACIONAL  
DE INVERSIÓN  
Estudios

PRÓLOGO:

J. ELOY ANZOLA

PRESENTACIÓN:

JAIME RODRÍGUEZ ARANA  
Y ALEJANDRO CANÓNICO S.

Colección Biblioteca *Allan Brewer-Cariás*  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la  
Universidad Católica Andrés Bello, N° 15



EDITORIAL  
JURÍDICA  
VENEZOLANA



IUS PUBLICUM INNOVATIO  
STRATEGIC PUBLIC LAW



Spin-off  
Universidade  
da Coruña

2023

ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y  
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Estudios

**ALLAN R. BREWER-CARÍAS**

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela*

**ARBITRAJE EN EL SECTOR  
PÚBLICO Y ARBITRAJE  
INTERNACIONAL DE INVERSIÓN  
Estudios**

Prólogo: J. Eloy Anzola

Presentación: Jaime Rodríguez Arana y Alejandro Canónico S.

*Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías,  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la  
Universidad Católica Andrés Bello N° 15*

IUS PUBLICUM INNOVATIO

SPIN OFF DE LA UNIVERSIDAD DE DA CORUÑA

EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA INTERNATIONAL



2023

Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello

1. Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista. América Latina: debates sobre la democracia*. 80 años de Dieter Nohlen, Coloquio Iberoamericano N° 200, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 11 septiembre 2019, (Prólogo: Armin von Bogdandy), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 322.
2. Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje tributario nacional e internacional* (Prólogo: Allan R. Brewer-Carías), Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 168.
3. Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 262.
4. José Ignacio Hernández, *Aspectos jurídicos de la crisis humanitaria de migrantes y refugiados en Venezuela. Documentos fundamentales*, Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 220.
5. Carlos Reverón Boulton, *Derechos humanos en la literatura y cine venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas 2021, 434 pp.
6. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante las Academias de América Latina. Sobre historia, derecho y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 378 pp.
7. Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 612 pp.
8. Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre el Estado Comunal o Estado del Poder Popular*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 528 pp.
9. Allan R. Brewer-Carías, *La muerte de una Constitución*. La experiencia del proceso constituyente de Venezuela de 1999, es encadenado por unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999 (Con trabajos de Eduardo Jorge Prats, Alessandro Pace, Georges Liet-Vaux, y de Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Avelledo, Víctor Hernández Mendible, Carlos Luis Carrillo Artiles, Ricardo Antela Garrido, Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas, Jesús María Casal H., Tulio A. Álvarez, Eduardo Piacenza, Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernández y Miguel J. Mónaco), Caracas 2021, 690 pp.
10. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Sobre proceso político y constitucionalismo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 614 pp.
11. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante las Academias españolas. Sobre de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre historia y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 238 pp.

12. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre derecho e historia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 444 pp.
13. Allan R. Brewer-Carías, *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 642 pp. 6
14. Allan R. Brewer-Carías, *Proyectos de Ley en materias de derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 1.190 pp.
15. Allan R. Brewer-Carías, *Arbitraje en el Sector Público y Arbitraje Internacional de Inversión*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2023, 558 pp.

© Allan R. Brewer-Carías

ISBN: 979-8-88895-781-3

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4,

Sabana Grande, Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono (58) 212-762.3842/ Fax. (58) 212-763.52.39

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Ius Publicum Innovatio S.L.

Strategic Public Law

Campus de Elviña, A Coruña.

Tel 981.167.000 y 659.911.890

CE contacto@ipi.com.es

SPIN OFF DE LA UNIVERSIDAD DE DA CORUÑA

Edificio de Servizos Centrais de

Investigación Campus de Elviña, s/n

15071 A Coruña

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: [ejvinternational@gmail.com](mailto:ejvinternational@gmail.com)

Portada: Alexander Cano

Diagramación, composición y montaje

por: Mirna Pinto, en letra Time New Roman, 13

Interlineado exacto 14, Mancha 18 x 11,5



# CONTENIDO

NOTA DEL AUTOR .....	19
----------------------	----

## PRÓLOGO

J. ELOY ANZOLA

I. ANTECEDENTES .....	31
II. GRECIA Y ROMA .....	32
III. LA PENÍNSULA IBÉRICA.....	33
IV. EL ARBITRAJE EN LAS SIETE PARTIDAS.....	34
V. EL ARBITRAJE EN LA AMÉRICA HISPANA .....	35
VI. LOS PLEITOS COLOMBINOS .....	36
VII. EL ARBITRAJE ENTRE FRANCISCO DE PIZARRO Y DIEGO DE ALMAGRO.....	39
VIII. EL ARBITRAJE ENTRE FRANCISCO DE VILLAGRA Y FRANCISCO DE AGUIRRE.....	41
IX. LA HERENCIA DE SIMÓN BOLÍVAR.....	42
X. EL TIEMPO NUBLADO DEL SIGLO XIX Y DE INICIOS DEL XX .....	48

## PRESENTACIÓN

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL,  
LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE  
LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Jaime RODRIGUEZ ARANA - Alejandro CANÓNICO SARABIA

INTRODUCCIÓN .....	51
--------------------	----

I.	APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL .....	53
II.	EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO .....	63
III.	LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL .....	77
IV.	DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES EXTRANJERAS .....	87
	REFLEXIONES FINALES .....	100

### **PRIMERA PARTE**

#### **EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL (1999)**

I.	CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL.....	105
II.	LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	109
III.	EL RECURSO AL ARBITRAMENTO EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO .....	112
IV.	REQUISITOS ADJETIVOS DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL.....	118

### **SEGUNDA PARTE**

#### **LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON MOTIVO DE LA DECLARATORIA CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE LA LLAMADA APERTURA PETROLERA EN 1995**

I.	LAS BASES JURÍDICAS PARA LA APERTURA PETROLERA.....	122
II.	LA DEFENSA DE LA CLAUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE LA APERTURA PETROLERA .....	124



III.	LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CALIFICANDO A LOS CONTRATOS DE LA APERTURA PETROLERA COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONSIDERANDO CONSTITUCIONAL LA CLÁUSULA ARBITRAL PREVISTA PARA LOS MISMOS .....	141
------	--	-----

### TERCERA PARTE

#### ALGUNOS COMENTARIOS A LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE 1999: CONTRATOS PÚBLICOS Y JURISDICCIÓN (2005)

I.	LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LA ESTABILIDAD JURÍDICA.....	153
II.	LAS GARANTÍAS LEGALES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES .....	154
III.	LOS CONTRATOS ESTATALES DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LAS INVERSIONES .....	156
IV.	LAS NORMAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	158

### CUARTA PARTE

#### EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE 1999 Y SUS VICISITUDES (2016)

I.	SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PROMOCIÓN DE INVERSIONES.....	163
II.	EL CONSENTIMIENTO DADO POR ESTADO PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL MEDIANTE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999.....	176
1.	El artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999.....	176
2.	Interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones como declaración unilateral de consentimiento del Estado de acuerdo con los principios de interpretación de la ley .....	188
3.	La obligación de acudir al arbitraje internacional expresada en el artículo 22 de la Ley de Inversiones .....	193

4.	Los esfuerzos realizados desde el año 2000 con el fin de cambiar el sentido del artículo 22 de la Ley de Inversiones por medio de interpretación judicial, sin reformar la ley .....	196
A.	El primer intento en 2000, de cambiar el sentido del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 por medio de una acción popular que cuestionaba su constitucionalidad y buscaba su anulación .....	197
B.	El segundo intento, en 2007, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones .....	200
C.	El tercer intento, en 2007, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones .....	201
D.	El cuarto y último intento, en 2008, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones .....	202
5.	La insuficiente interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 efectuada por los tribunales del CIADI en los Casos Mobil y Cemex.....	214
6.	La ausencia de interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 en la sentencia de Tribunal del CIADI en el caso Brandes .....	216
III.	LA PROGRESIVA TENDENCIA PRO-ARBITRAJE DEL RÉGIMEN LEGAL VENEZOLANO DURANTE LOS AÑOS ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999.....	220
1.	Los antecedentes históricos en cuestión de arbitraje: de la hostilidad a la aceptación .....	222
2.	La evolución constitucional en cuanto a la inmunidad jurisdiccional del Estado y la cura de viejas heridas diplomáticas....	223
3.	La aceptación general del arbitraje en cuestiones de derecho privado.....	225
4.	La aceptación general del arbitraje en cuestiones derivadas de contratos públicos y el sentido de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial y del Artículo 151 de la Constitución.....	227
5.	La política de inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos públicos desde la década de los noventa .....	229
IV.	LA POLÍTICA PÚBLICA PRO ARBITRAJE DEFINIDA POR EL ESTADO EN 1999 Y PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 .....	232

ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

1. La tendencia pro-arbitraje de toda la legislación sancionada en 1999 .....	232
2. La tendencia pro arbitraje de la Constitución de 1999 y la extraña propuesta presentada ante la Asamblea Constituyente por el Presidente Chávez en 1999.....	235
3. La ratificación de la tendencia pro arbitraje en la legislación sancionada por el Gobierno en 1999 .....	239
4. La intención del gobierno en 1999 de expresar el consentimiento del Estado para el arbitraje internacional en el artículo 22 de la Ley de Inversiones.....	240

**QUINTA PARTE**

LA RECIENTE TENDENCIA HACIA LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL DERECHO VENEZOLANO (2013)

I. SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES.....	247
II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y LA CLAUSULA CALVO EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS .....	250
III. EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA LEY DE INVERSIONES.....	255
IV. LA PROGRESIVA TENDENCIA PRO ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN LEGAL DURANTE LOS AÑOS ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999...	259
1. Los antecedentes históricos en cuestión de arbitraje: de la hostilidad a la aceptación .....	260
2. La evolución constitucional en cuanto a la inmunidad jurisdiccional del Estado y la cura de viejas heridas diplomáticas....	261
3. La aceptación general del arbitraje en cuestiones de derecho privado.....	263
4. La aceptación general del arbitraje en cuestiones derivadas de contratos públicos y el sentido de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial y del Artículo 151 de la Constitución.....	265

5.	La política de inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos públicos desde la década de los noventa .....	267
V.	LA POLÍTICA PÚBLICA PRO-ARBITRAJE DEFINIDA POR EL GOBIERNO EN 1999 Y PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 .....	270
1.	La tendencia pro arbitraje de toda la legislación sancionada en 1999, particularmente la referida a contratos públicos .....	270
2.	La tendencia pro arbitraje de la Constitución de 1999 y la extraña propuesta presentada ante la Asamblea Constituyente por el Presidente Chávez en 1999 .....	274
3.	La ratificación de la tendencia pro-arbitraje en la legislación sancionada por el gobierno en 1999 .....	277

**SEXTA PARTE**

PROGRESIÓN Y REGRESIÓN EN LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN VENEZUELA (2016) .....	281
---	-----

**SÉPTIMA PARTE**

LA PROGRESIVA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE PÚBLICO EN EL DERECHO (2020) .....	313
---	-----

**OCTAVA PARTE**

INTERNATIONAL ARBITRATION FOR THE PROTECTION OF INVESTMENTS		
I.	THE 1999 LEGAL REGIME ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS ABROGATED SINCE 2014 .....	340
1.	The notion of “Investment” .....	342
2.	The notion of “International Investment” .....	342
3.	The notion of “International Investor” .....	344
4.	“International investment” and “direct investment” .....	345
II.	INTERNATIONAL ARBITRATION AS ONE OF THE LEGAL MEANS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS ESTABLISHED IN THE 1999 ABROGATED LAW .....	348

III.	THE VENEZUELAN STATE'S EXPRESSION OF CONSENT TO ICSID ARBITRATION JURISDICTION IN ARTICLE 22 OF THE 1999 ABROGATED INVESTMENT LAW .....	375
IV.	THE PRO-ARBITRATION TREND IN THE EVOLUTION OF THE VENEZUELAN LEGAL REGIME IN THE YEARS PREVIOUS TO THE ENACTMENT OF THE 1999 INVESTMENT LAW.....	386
	1. The historical background of the matter of arbitration: from hostility towards acceptance.....	387
	2. The constitutional evolution on jurisdictional immunity of the State and the healing of old diplomatic wounds.....	389
	3. The general acceptance of arbitration on matters of private law .....	391
	4. The general acceptance of arbitration on matters of public contracts and the sense of the provisions of Article 4 of the Commercial Arbitration Law and of Article 151 of the Constitution .....	393
	5. The legal doctrine of the Attorney General's Office on acceptance of arbitration on matters of public contracts .....	400
	6. The inclusion of arbitration clauses in public contracts since the 1990's with the knowledge and consent of the Attorney General's Office .....	401
V.	PRINCIPLES OF INTERPRETATION OF ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW AS A STATE'S UNILATERAL OPEN OFFER OF CONSENT FOR INTERNATIONAL ARBITRATION.....	405
	1. The inclusion of international and national arbitration provisions in the 1999 Investment law.....	405
	2. Article 22 of the 1999 Investment Law was a Unilateral Declaration of the State according to the Principles of Statutory Interpretation in Venezuelan Law.....	412
	3. The rules of interpretation of statutes under Venezuelan Law ...	414
	4. The Principle that Consent for Arbitration has to be Expressed in Writing.....	420
VI.	THE CORRECT INTERPRETATION OF ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW .....	436
	1. The correct interpretation of the words of Article 22 of the Investment Law .....	436

2.	The efforts made since 2000 in order to change the meaning of Article 22 of the Investment Law by means of Judicial Interpretation without reforming the Statute .....	446
A.	The first attempt, in 2000, to change the meaning of Article 22 of the 1999 Investment Law through a popular action challenging its constitutionality and seeking its annulment.....	452
B.	The second attempt, in 2007, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law .....	459
C.	The third attempt, in 2007, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law .....	461
D.	The fourth and final attempt, in 2008, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law.....	462
3.	The incorrect interpretation adopted by the Supreme Tribunal of Justice in 2008 at the request of the Government .....	472
4.	The insufficient interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law made by the ICSID Tribunals in the Mobil and Cemex Cases .....	477
5.	The absence of interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law in the ICSID tribunal Brandes Case .....	480
VII.	THE PRO-ARBITRATION PUBLIC POLICY DEFINED BY THE GOVERNMENT IN 1999, REFLECTED IN THE 1999 CONSTITUTION.....	484
1.	The pro-arbitration trend of all the legislation enacted in 1999.....	484
2.	The pro-arbitration trend of the 1999 Constitution and the bizarre proposal submitted to the Constituent Assembly by President Chávez in 1999.....	488
3.	The ratification of the pro-arbitration trend in the legislation enacted by President Chávez in 1999.....	492
4.	The elemental administrative procedural provisions assuring the correct legal opinion to be issued on matters of arbitral clauses in public contracts.....	493
VIII.	THE INTENTION OF THE GOVERNMENT IN 1999 TO EXPRESS THE STATE CONSENT FOR INTERNATIONAL ARBITRATION IN ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW.....	494

ARBITRAJE EN EL SECTOR PÚBLICO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

1.	The absence of a formal “Statement of Purposes” and the motives of the Investment Law as exposed by its drafters .....	495
2.	The discussion of the Draft of the Investment Law in the Council of Ministers in 1999 .....	499
IX.	THE WITHDRAWAL OF VENEZUELA OF THE ICSID CONVENTION IN 2012 .....	507
X.	THE EPILOGUE: THE REPEALING AND SUBSTITUTION OF THE 1999 INVESTMENT LAW BY THE FOREIGN INVESTMENT LAW OF 2014 .....	514

**NOVENA PARTE**

“ARBITRABILITY” MATTERS BEFORE ARBITRAL TRIBUNALS IN CASES RELATED TO PUBLIC CONTRACTS, AND THE QUESTION OF THE EXCUSE OF “*FAIT DU PRINCE*”

I.	EARLY AND UNILATERAL TERMINATION OF THE ASSOCIATION AGREEMENTS AND OF THE EXPLORATION AT-RISK AND PROFIT SHARING AGREEMENTS AND THE POSSIBILITY OF THEIR TRANSFORMATION INTO MIXED COMPANIES .....	520
1.	Early termination of the Association Agreements and the attempt to have them migrate to mixed companies .....	521
2.	The State’s immediate taking over of the operations .....	523
3.	The deadline for private companies to decide on their incorporation into the mixed companies .....	524
4.	Rights of the new mixed companies.....	525
5.	Applicable law and jurisdiction.....	525
II.	“CONFISCATION” OF INTERESTS, SHARES, PARTICIPATIONS AND RIGHTS OF COMPANIES THAT DID NOT REACH AN AGREEMENT WITH THE STATE TO MIGRATE TO MIXED COMPANIES.....	527
1.	The definitive extinction of the former Agreements and Associations .....	527
2.	Confiscation of the rights of the private companies that participated in the Agreements and Associations by appealing to the principle of “reversion”.....	528
3.	Applicable legal regime and jurisdiction.....	532

III.	THE ARBITRATION CLAUSES IN THE ASSOCIATION AGREEMENTS .....	534
IV.	ARBITRABILITY CHARACTER OF THE MATTER SUBMITTED TO ARBITRAL TRIBUNALS IN THE CASE OF THE CONFISCATION OF ASSETS AS A CONSEQUENCE OF THE DECREE LAW N° 5200 OF 2007, WHICH EXTINGUISHED THE ASSOCIATION AGREEMENTS .....	542
V.	THE DECREE LAW N° 5200 AND THE ISSUE OF “ <i>FAIT DU PRINCE</i> ” AS AN “EXCUSE” TO JUSTIFY THE BREACH THE ASSOCIATION AGREEMENTS BY THE STATE OWNED OIL ENTERPRISES .....	546
	1. The defense of <i>fait du prince</i> under Venezuelan law .....	547
	2. An <i>hecho del príncipe</i> of the national Government is ordinarily not extraneous to a state-owned entity.....	551
	3. Regarding Decree-Law N° 5200, the State Own Oil enterprises cannot rely on <i>hecho del príncipe</i> .....	555



## NOTA DEL AUTOR

Quien esto escribe no es un experto en el tema del arbitraje, materia que históricamente estuvo monopolizada por el derecho civil y el derecho procesal civil. En el derecho público, y especialmente, el derecho administrativo, en la época en la cual me formé, el arbitraje era una institución en general excluida para la solución de controversias en el ámbito de la contratación pública.

Así, por ejemplo, en esa materia, en mi Tesis de grado sobre *Las Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Administrativa* de 1964, sobre el tema del recurso al arbitramento en materia de contratación pública escribí lo siguiente:

“188. El problema de la posibilidad de recurrir al arbitramento en los contratos administrativos ha sido largamente debatido en la doctrina, y las soluciones del Derecho comparado son diferentes. Por tanto, no puede considerarse que hay unanimidad al respecto. Lamentablemente la jurisprudencia administrativa en Venezuela no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia y validez de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos. Sin embargo, valiosas opiniones doctrinales se han dado al respecto.

Encontramos así la del Procurador General de la República en 1959, doctor Pablo Ruggieri Parra, y la del profesor Antonio Moles Caubet.

En efecto, y por su importancia, ya que proviene de la Asesoría Jurídica de la Administración Pública Nacional, transcribiremos parte del texto del *Informe de la Procuraduría General de la República* presentado a la Comisión Interministerial designada por el Ejecutivo

Nacional para examinar el llamado *caso Innocenti*, en fecha 12 de junio de 1959. En dicho Informe, la Procuraduría expresaba<sup>1</sup>:

“A este respecto el Despacho observa que no existe disposición legal alguna que autorice a la Nación venezolana para celebrar compromisos arbitrales, de modo de poder deferir a Tribunales de arbitraje la solución de las dudas y controversias que surjan en la interpretación y ejecución de los contratos que ella celebre. Al contrario, por mandato del artículo 40 de la Constitución Nacional<sup>2</sup>, ‘en los contratos de interés público celebrados con el Gobierno nacional, con los Estados o con las Municipalidades, se considerará incorporada la cláusula siguiente: Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amistosamente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo puedan ser origen de reclamaciones extranjeras’. Por ello la Procuraduría conceptúa válida la cláusula compromisoria mencionada en cuanto con ella se difiere a un arbitramento la solución de ‘las discrepancias que puedan presentarse entre las partes sobre cuestiones técnica’; pero la conceptúa nula, de nulidad absoluta, en cuanto con ella se pretenda despojar a los ‘Tribunales competentes de Venezuela’ de la facultad de decidir ‘divergencias’ o ‘discrepancias’ sobre ‘cuestiones’ de otra naturaleza que no sea exclusivamente técnica. Con todo ello no excluye, naturalmente, la posibilidad legal de que la Nación pueda transigir válidamente tales ‘divergencias’ o ‘discrepancias’ una vez que éstas surjan con motivo de la interpretación y ejecución de los contratos en examen; pero ello es materia sustancialmente distinta a la cláusula compromisoria; en efecto, la transacción judicial o extrajudicial que la nación quiera celebrar, si la considera conveniente con respecto a las ‘divergencias’ o ‘discrepancias’ mencionadas, está sujeta, necesariamente, al previo cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional”.

---

<sup>1</sup> *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso, 1959*, Caracas 1960, p. 660.

<sup>2</sup> Se refiere a la Constitución de 1953. La disposición ha sido mantenida en la Constitución actual de 1961, en su artículo 127, con la variante de que, en lugar de decir “que no puedan ser resueltas amistosamente”, dice “que no llegaren a ser resueltas amigablemente” por las partes contratantes.

Es decir, según la Procuraduría es necesario, al hablar del recurso de arbitramento, distinguir claramente qué cuestiones pueden someterse válidamente al mismo. Respecto a las cuestiones técnicas, las discrepancias que puedan presentarse entre las partes pueden ser resueltas por Tribunales arbitrales. Sin embargo, respecto a las cuestiones sobre interpretación y ejecución del contrato administrativo, éstas no pueden ser sometidas válidamente a arbitramento.

Por otra parte, el profesor Moles Caubet, en dictamen publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho*<sup>3</sup>, sienta como base de su razonamiento el argumento de:

“que no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la Administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de Derecho privado;” para concluir, después de hacer un minucioso examen del problema en el Derecho comparado y de la pluralidad de normas que constituyen el ordenamiento jurídico venezolano relacionadas con la materia, que “la Administración tiene poderes para incluir, sea en un pliego de condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria que abre entonces el procedimiento de arbitraje.”

Pero, sin embargo, si consideramos que la Administración no puede actuar sin norma legal expresa que defina sus atribuciones y competencia, y si observamos el interés público que engloba la contratación administrativa, no podemos aceptar, en nuestro concepto, el recurso al arbitramento en el ordenamiento jurídico venezolano, por lo que respecta a la esencia del contrato administrativo, es decir, a sus efectos, ejecución e interpretación.”<sup>4</sup>

Agregaba, además, en mi Tesis, nota al pie del texto anterior, lo siguiente sobre la situación en el derecho comparado:

---

<sup>3</sup> Antonio Moles Caubet, “El Arbitraje y la Contratación Administrativa”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, 1960, N° 20, p. 9 y ss.

<sup>4</sup> Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, parágrafo 188.

“La situación a este respecto en el derecho comparado está lejos de ser uniforme. Por ejemplo, en Bélgica y en España, la ley prohíbe a la Administración, tanto someterse a arbitraje como aceptar la inclusión de cláusulas compromisorias en las convenciones en las cuales es parte. En otros países, en cambio, la ley prevé y organiza un procedimiento de arbitraje con ocasión a los contratos administrativos. Tal es el caso de Alemania, Chile, Gran Bretaña y Grecia.

En Francia, por otra parte, la prohibición de principio para las personas públicas, de comprometer (artículos 1.004 y 83 del Código de Procedimiento Civil), admite, precisamente en materia de contratos administrativos, una importante derogación prevista por la Ley de Finanzas de 17 de abril de 1906, cuyo artículo 69 autoriza al Estado, los Departamentos y las Comunas a comprometer, pero solamente para “la liquidación de sus gastos de obras públicas y de suministros”, según las reglas del Libro III del Código de Procedimiento Civil. En lo que concierne al Estado, no podrá recurrir al arbitraje sino en virtud de un Decreto tomado en Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro respectivo y el Ministro de Finanzas.<sup>5</sup>

En Italia, en cambio, nos encontramos con un principio opuesto: todas las diferencias entre la Administración y el adjudicatario en los contratos de obra pública, tanto durante la ejecución como al fin del contrato, y cualquiera que sea su naturaleza –técnica, administrativa o jurídica–, son deferidas, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de 1865 sobre las Obras Públicas, artículo 349, a un Colegio de cinco árbitros. Estos árbitros deben decidir según derecho y sus decisiones son susceptibles de un recurso ante los Tribunales ordinarios y ante el Tribunal de Apelación.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Al respecto, véase el *Code Administratif Dalloz*, París, 1961, p. 818.

<sup>6</sup> Véase al respecto la Ponencia General de M. A. Flamme sobre “Los Contratos de Obras Públicas de la Administración” al X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Madrid en 1956, *Revista de Administración Pública*, N° 21, Madrid 1956, pp. 102 y ss. Asimismo, véase: E. Capaccioli, *L'arbitro tel diritto amministrativo*, Padua, 1957; La Torre, “L'arbitrato nel diritto amministrativo”, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1935; Auby, “L'arbitrage en matière administrative”, *Actualité Juridique*, París, 1955, N° 10; Miele, “Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie

Lo anterior fue escrito hace sesenta años, habiendo cambiado posteriormente el panorama, totalmente, con la sanción del Código de Procedimiento Civil de 1986 que, por supuesto, se aplica a los entes públicos. En su artículo 608 se estableció que todas las controversias pueden someterse al arbitraje, incluso aquellas en las cuales esté involucrado un ente público, estableciéndose con claridad las excepciones, es decir, las materias que no pueden someterse al arbitraje, que son:

Primero, las “*cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges,*” que son materias que conciernen a las relaciones jurídico-privadas y no conciernen al Estado, ni a los entes públicos ni a los contratos públicos.

Y segundo, “*los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción*”; respecto de lo cual, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, al analizar el tema del recurso del arbitramento en los contratos públicos indiqué que en éstos se trataba de la única limitación que se aplicaba derivada del artículo 6 del Código Civil, en el sentido de que no cabe el arbitramento respecto de asuntos en los cuales “*están interesados el orden público o las buenas costumbres,*” lo que se refiere fundamentalmente a la competencia, que en materia de derecho público, es esencialmente de orden público, siendo su ejercicio obligatorio.

Lo anterior se confirmó con se sanción de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, en cuyo artículo 3 se precisó que solo “podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.”

Pero en realidad, para el derecho público, dicha Ley tuvo la importancia de ser la primera en el ordenamiento venezolano en la cual se reconoció expresamente, aun cuando en forma indirecta, la posibilidad del recurso al arbitraje en los contratos públicos, al regular específicamente que en el caso de cláusulas arbitraje suscritas por empresas del Estado, el acuerdo arbitral “requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela,” con indicación que, en esos casos el “número de árbitros, en ningún caso será menor de tres” (art. 4).

---

amministrativa”, *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Roma, 1950.

Y fue precisamente con ocasión de la sanción de esta Ley, cuando me comencé a ocupar del tema del arbitraje en el sector público, al organizar desde la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que entonces yo presidía, un Seminario sobre dicha Ley refiriéndome específicamente en el mismo a: “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” que es el texto que se publica en la *Primera Parte* de este libro y que fue originalmente publicado en el libro: Allan R Brewer-Carías (editor) *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas 1999, pp. 169-204.

El tema de la posibilidad del recurso al arbitramento en los contratos administrativos, por otra parte, había sido considerado desde 1995 con motivo de la inclusión de una cláusula arbitral en la autorización otorgada por el Congreso para los convenios de asociación de la llamada *Apertura Petrolera*, que se habían autorizado en la Ley de Nacionalización petrolera de 1975 (art. 5). El Acuerdo del Congreso fue impugnado en 1995, por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, entre otros motivos, precisamente por la inclusión de la cláusula arbitral. A mi me correspondió, junto con el profesor Román J. Duque Corredor, haber ejercido la representación de PDVSA en la defensa de la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso. El resultado final del juicio fue que la Corte Suprema acogió nuestro criterio, aceptándose definitivamente, ya sancionada la Ley de Arbitraje Comercial, las cláusulas arbitrales en la contratación administrativa. La parte esencial de nuestros argumentos y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de agosto de 1999 sobre la constitucionalidad de las cláusulas arbitrales en la contratación administrativa, son las que conforman la *Segunda Parte* de este libro.

Luego se produjo la promulgación de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, respecto de la cual fui requerido, también por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para participar en un Seminario organizado para analizarla, habiendo centrado entonces mi comentario sobre el tratamiento el tema del arbitraje internacional de inversión, los contratos públicos y la inmunidad de jurisdicción del Estado. Mi ponencia al Seminario, que se publica en la *Tercera Parte* de este libro, salió publicada con el título: “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción,” en el libro de Irene

Valera (coordinadora), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288.

Con posterioridad, y particularmente a raíz de la masiva e irresponsable confiscación de bienes de propiedad de inversionistas extranjeros, cuyos países de origen tenían suscritos convenios bilaterales de protección de inversiones con el Estado venezolano, se presentaron decenas de demandas arbitrales ante tribunales arbitrales del *International Chamber of Commerce* de New York (ICC New York); y ante los tribunales arbitrales del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” (CIADI) del Banco Mundial, habiéndome correspondido participar en muchos de esos procesos arbitrales como testigo legal experto en derecho venezolano, habiéndome ocupado, en tal carácter, de estudiar y exponer ante dichos tribunales sobre variados temas del arbitraje en el sector público en Venezuela.

El primer tema del cual tuve que ocuparme fue el relativo al carácter de las previsiones de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, en cuanto al consentimiento que había otorgado el Estado en su texto para someter las controversias derivadas de los conflictos sobre inversiones a los tribunales del CIADI; tema que fue debatido en varios juicios arbitrales. Mi estudio sobre el tema se publica en la *Cuarta Parte* de este libro, con el título: “El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes,” el cual fue publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana y José Ignacio Hernández (Coordinadores), *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2016, pp. 129-195.

Durante todos los años de trabajo como testigo legal experto en casos arbitrales, además, fui elaborado diversos trabajos, en aproximaciones sucesivas, sobre la evolución de la aceptación del arbitraje en el derecho venezolano que también se publican en este libro tal como fueron elaborados y publicados en su momento a pesar de que en algunos pueda haber alguna repetición de conceptos, así:

En la *Quinta Parte*, el estudio sobre “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” publicado en el libro de: Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Ordóñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huáman Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830.

En la *Sexta Parte*, el estudio sobre: “Progresión y regresión en la aceptación del arbitraje para la solución de controversias en los contratos públicos en Venezuela,” que fue un texto preparado y enviado para una *Obra colectiva en Homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, Lima Perú 2016.

En la *Séptima Parte*, el estudio sobre: “La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público,” texto preparado para la exposición que me correspondió hacer en las *VII Jornadas de Arbitraje 2020*, organizadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 25 de noviembre de 2020, publicado en: *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas*, N° 161, Julio diciembre 2020, Homenaje al Dr. José Andrés Octavio, Caracas, pp. 1107-1032; y en *Revista Principia 5-2021*, Universidad Monteávila, 2021.

Durante todos los años en los que participé como testigo legal experto en tantos procesos arbitrales internacionales, el tema del arbitraje en el sector público fue recurrente, resultando de todos los escritos que fui redactando en inglés, que era el idioma oficial en los juicios, un texto comprensivo que se publica en la *Octava Parte* de este libro sobre “*International Arbitration for the Protection of Investments*,” que fue publicado en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, Third edition, Editorial Jurídica Venezolana, New York, 2021, pp. 510-626.

Por último, en la *Novena Parte* me refiero a dos cuestiones que se discutieron en muchos casos de arbitraje internacional con motivo de las reclamaciones formuladas por contratistas privados contra Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en los Convenios de Asociación



de la *Apertura Petrolera*, con motivo de la extinción de dichos Convenios y la confiscación de la inversión de los contratistas decretada mediante la Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, contenida en el Decreto-Ley N° 5200 de 6 de febrero de 2007.

En ese caso, ante los tribunales arbitrales, entre los temas que se discutieron estuvo, por una parte, el tema de las materias “arbitrables” en cuestiones concernientes a contratos públicos, es decir, el tema de la “arbitrabilidad” de las cuestiones sometidas ante los mismos para determinar si se trataba o no de cuestiones que podían ser decididas por tribunales arbitrales por no ser cuestiones concernientes al poder soberano del Estado; y por la otra, si las empresas del Estado del sector petrolero podían alegar que dicho Decreto-Ley N° 5200 de 2007 podía considerarse como un *hecho del príncipe* para justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Ambos temas son los que se analizan en esta última parte.

Todos los trabajos que conforman este libro quizás no se habrían agrupado en un solo volumen, si no es por la honrosa invitación que mis queridos amigos los profesores Jaime Rodríguez Arana y Alejandro Canónico, me hicieron para que participara en el Programa del Curso sobre *Arbitraje en el Sector Público*, que han organizado desde el *Ius Publicum Innovatio, Strategic Public Law* y la *Universidad de La Coruña*, para el mes de mayo de 2023.

Les acepté la invitación con mucho gusto, y como el tema que me asignaron para exponer versaba sobre “El compromiso arbitral de los Estados expresado mediante Ley. Estudio de caso: vicisitudes en torno a la aplicación de la Ley venezolana de Promoción y Protección de Inversiones de 1999,” al preparar la bibliografía para el Syllabus del módulo, recordé y rescaté precisamente todos los trabajos que había escrito sobre el tema del arbitraje en el sector público y el arbitraje internacional de inversión y, específicamente, sobre el tema de mi exposición.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Esos son, precisamente, los trabajos que conforman este libro, el cual se publica entonces bajo los auspicios del *Ius Publicum Innovatio*, *Strategic Public Law* y la *Universidad de La Coruña*, siendo ello la razón de su configuración.

Por ello, al muy sabio, honroso y generoso Prologo del reconocido árbitro internacional venezolano J. Eloy Anzola, cuyo aporte histórico ilumina esta obra, se agrega la Presentación de los profesores Jaime Rodríguez Arana y Alejandro Canónico, directores del Programa académico internacional, que engrandece la obra pues puntualizan todos los aspectos centrales de la problemática en torno a lo que es el Derecho Administrativo Global.

Me honra mucho que los tres destacados profesores y amigos hayan aceptado mi invitación para escribir esas notas, las cuales mucho enriquecen la obra.

New York, abril de 2023

# PRÓLOGO

POR J. ELOY ANZOLA\*

No puede haber mayor honor que presentar un libro de Allan Randolph Brewer-Carías. Aunque hacerlo es como tirar una gota de agua en el mar. ¿Qué puedo agregar yo a su obra tan profusa, erudita, brillante y atinada? Aquello que yo pueda escribir como proemio se verá inmediatamente superado por las páginas del autor que le siguen.

Randy Brewer, como los venezolanos le llamamos con nuestra tradicional informalidad, es el más completo jurista de este tiempo. Es imposible acercarse a temas derecho público sin encontrarse de inmediato con sus prolijos textos de altísima calidad contenidos en obras de distinta naturaleza: libros, artículos, documentos, declaraciones a la prensa, conferencias, grabaciones. Estas últimas aparecen ahora en los nuevos medios telemáticos a los que se ha incorporado con soltura y eficacia. Así y para nuestra fortuna, está presente y opina sabiamente sobre las muchas materias de su interés.

Basta revisar su página en las redes de internet (<https://allanbrewerarias.com>) para constatar la dimensión de su obra académica y profesional. Es el autor que todos debemos tomar en cuenta desde el inicio de nuestra carrera universitaria. Estudiamos siguiendo sus textos,

---

\* Abogado venezolano, con posgrado en Francia y en la Universidad de Yale (LL.M.). Ha sido profesor en Caracas en la Universidad Católica Andrés Bello, en el Instituto de Estudios Superiores de Administración y en la Universidad Metropolitana. Es árbitro, articulista y conferencista sobre arbitraje comercial y de inversión. Es árbitro, articulista y conferencista sobre arbitraje comercial y de inversión.

y sigue presente en nuestra vida profesional y académica. No podemos ignorarlo. Estamos obligados a citarlo. Nada de lo que escribamos tendrá valor, si sobre la materia que abordamos está precedida por una opinión suya y aunque podamos disentir de ella, se nos ocurre desconocerla. Ello equivale a un sacrilegio jurídico. No faltará quien nos enrostre la omisión.

Entre las muchas tareas que Randy ha cumplido, hay una que los venezolanos no podemos olvidar. Se trata de su trabajo como miembro de la Asamblea Constituyente que se convocó en 1999 por iniciativa de Hugo Chávez. Brewer, acompañado de unos muy pocos miembros de oposición, supo enfrentar con sus extensos conocimientos a la mayoría aplastante que se oponía a sus bien fundados criterios. Si bien la Constitución que esa Asamblea aprobó contiene algunas normas inconvenientes, Brewer pudo excluir muchas desatinadas propuestas con sola la eficacia de sus conocimientos y su palabra. Los debates fueron públicos y pudimos constatar cuando sus muchos opositores en ese sínodo guardaban silencio, como oían con atención sus dichos sin atreverse a contradecirle. Así las cosas, tanto hizo Brewer que la Constitución que quedó aprobada no fue del gusto del poderoso gobernante. Chávez propuso muy pronto una reforma para que la Constitución se adaptara a sus deseos. Si bien en un primer referéndum no lo consiguió y sufrió una sonada derrota electoral, lo logró con enmiendas posteriores que le garantizaron la reelección indefinida a él y a sus sucesores.

Las reiteradas opiniones sobre el mal camino que llevaba y lleva la nación venezolana –porque nunca ha callado– le han sido retribuidas con un exilio forzoso. Pero ha seguido exponiendo sus criterios sin cese. Y como puede verse con la publicación de esta obra su trabajo académico está vivo y goza de muy buena salud

Aprecio inmensamente que me haya hecho esta invitación. Además, tengo así una insuperable oportunidad para dejar constancia de mi admiración y aprecio por su persona y por su muy fecunda labor como jurista y profesor universitario.

En lugar de disertar sobre la teoría del arbitraje –aclaro que no deseo en manera alguna desmerecerla– he preferido escoger algunos casos que ocurrieron en tiempos pasados. Lo hago para poner en evidencia la larga

historia que acompaña al arbitraje. Más aun quiero poner de relieve como el arbitraje sirvió, o al menos se pretendió que sirviera, para resolver disputas en el mundo hispánico, tanto en la península ibérica como en los territorios de las entonces llamadas Indias Occidentales antes que pasaran a denominarse América. Aunque también incluyo un caso que ocurre en la Venezuela independiente de 1832. Con este caso quiero mostrar como antiguas normas de arbitraje sobrevivieron veinte siglos y como los árbitros para decidir y dictar el laudo tomaron en cuenta las normas del antiguo derecho castellano.

## I. ANTECEDENTES

El arbitraje seguramente precedió a la justicia impartida por un funcionario revestido de autoridad. Porque es fácil concebir que, en una sociedad primitiva, dos personas que tenga una diferencia o disputa y que no quieran recurrir a la fuerza o violencia para resolverla, acudan a un tercero para que decida con justicia quien debe prevalecer.

Esa intervención puede ser conciliadora, mediadora o arbitral. En esta última que es la que aquí nos interesa. Ese tercero, luego de escucharlos y valorar las evidencias que cada uno aporte, decidirá quién tiene la razón y atribuirá al vencedor el derecho a obtener satisfacción. De esa manera, las partes obtienen justicia y solucionan pacíficamente una o varias controversias.

El arbitraje es conceptualmente así de simple: dos personas que tienen posiciones encontradas acuerdan acudir ante un tercero o varios terceros, para que decida quién ha de prevalecer. Es de suponer que los primeros árbitros resolvían las disputas con base en la equidad, lo que continúa ocurriendo con los árbitros arbitradores. Se pasaría luego, cuando las normas legales se promulgan y asientan para regir las relaciones humanas, al arbitraje de derecho donde los árbitros fundamentan sus decisiones en el derecho vigente. Con el paso de tiempo se le inviste de autoridad para que sus fallos sean ejecutorios.

La evolución institucional llevó a la creación de la justicia estatal. Hay quienes sostienen que ella es una prolongación del arbitraje,

construida a su imagen y semejanza<sup>1</sup>. Pero el juez es un funcionario del estado, al que se acudiría sin requerir un acuerdo previo. El juez dictará sentencias con fuerza ejecutiva y, además, tendrá poder coercitivo para hacerlas cumplir, poder este último del que carecen los árbitros.

Pero la justicia arbitral no desapareció porque a pesar de algunos eclipses como hemos de ver, se le conservó y en los tiempos actuales se le ha reforzado.

## II. GRECIA Y ROMA

Hay certeza de la existencia del arbitraje en Grecia porque Platón (427-347 a. C.) dio cuenta de la institución<sup>2</sup>. De la misma manera Aristóteles (384-322 a.C.)<sup>3</sup>. Cicerón (106-43 a.C.) lo hizo en Roma<sup>4</sup> y calificó al arbitraje como una alternativa menos rigurosa a los juicios en tribunales.

Es Roma donde aparecieron y se consagraron las grandes líneas de la institución arbitral que son la base y fundamento del arbitraje de nuestros días. El arbitraje moderno tiene origen romano.

El arbitraje en Roma está en la Ley de las XII Tablas del siglo V a.C. para la división de bienes y se extiende a deslindes en la Ley Licinia del año 210 a.C.; más adelante, el arbitraje se da por contrato para

---

<sup>1</sup> Emilssen González de Cancino, "Arbitraje Romano", en *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero, Director Académico y Fabricio Mantilla Espinoza, Coordinador Académico, Legis 2005, p. 21 y ss.

<sup>2</sup> Libro VI de las Leyes, en Platón, *Obras Completas*, tomo III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 701; también en Patricio de Azcárate, *Obras Completas de Platón*, tomo 9, Medina y Navarro Editores, Madrid, 1872, p. 27; también citado por Gil Osuna, *ob. cit.*, proemio.

<sup>3</sup> Retórica, Libro I, Capítulo XIII, 1374b, en *The Works of Aristotle*, volume II, tomo 9, Britannica Great Books, 1952, p. 619, traducción libre del inglés; Barrett, Jerome T., *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey Bass, 2004, p. 8.

<sup>4</sup> Cicerón, *Pro Quinto Roscio Comoedo*, III, 9, IV, 10, Harvard University Press, 1984, tomo VI, p. 283.

dirimir una disputa ya existente<sup>5</sup>, de donde nace el *compromissum*<sup>6</sup>, traducido al español como compromiso, institución que, con reformas, tendrá una larga existencia como forma exigida para convenir un arbitraje. El Digesto (533d.C.) le dedica al arbitraje todo un título, el VIII del Libro IV, y Justiniano lo reglamenta con meticulosidad en el Código (534 d.C.)<sup>7</sup>.

En el compromiso, además de pactar el arbitraje se incluían cláusulas penales, es decir, se convenía que quien incumpliera el laudo quedaba sujeto al pago de penas pecuniarias, manera de comprometer que subsistió en la Edad Media, el Renacimiento y hasta bien entrado el siglo XIX. También era común hacer un secuestro, es decir, dejar el bien objeto de disputa en manos del árbitro hasta tanto se dictará el laudo.

Destaquemos que el laudo arbitral –al igual que la sentencia del *iudex*– se hacía ejecutorio y no estaba sujeto a apelación<sup>8</sup>. La ausencia de apelación se mantuvo para el arbitraje en el derecho español de la Edad Media pero luego fue admitida cuando se trataba de arbitrajes de derecho.

### III. LA PENÍNSULA IBÉRICA

Desde Roma se traslada a sus posesiones en Europa y, en particular, a la península ibérica donde asienta sus bases.

La primera noticia y constancia que se tiene de un arbitraje en la península ibérica aparece en el Bronce II de Botorrita. Interesante e importante hallazgo porque se trata de un asunto que hoy calificaríamos de derecho público.

Este Bronce, escrito en latín, y con fecha 15 de mayo del año 87 a.C., es encontrado en 1979 en los alrededores de la actual Botorrita, cerca de Zaragoza (Aragón), y da cuenta de un fallo dado por tres

<sup>5</sup> Roque J. Caivano, *La Cláusula Arbitral, Evolución Histórica y Comparada*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 35.

<sup>6</sup> Antonio Fernández de Buján, *Jurisdicción y Arbitraje en el Derecho Romano*, Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2006, p. 222 y s; Emilssen González de Cancino, *ob. cit.*, p. 21 y ss.

<sup>7</sup> González de Cancino, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>8</sup> González de Cancino, *ob. cit.*, p. 31.

árbitros –los magistrados de Contrebia, Belaisca y Botorrita– que resuelve un pleito entre los habitantes de Salduie (actual Zaragoza) y Alaun (actual Alagón).

La disputa surge por una canalización de aguas que quieren realizar los primeros y que los alavonenses consideran perjudicial para ellos. Las partes convienen resolverla por arbitraje. El laudo le da la razón a los saluienses. Todo ello previo conocimiento y con la sanción aprobatoria del procónsul romano, Cayo Valerio Flacco<sup>9</sup>.

Esta tradición arbitral se recogió más adelante en el Breviario de Alarico en el año 506 d.C. También por otros textos como en el cuerpo de leyes visigodas del siglo VII, el *Liber Iudicorum*, y en su versión castellana, el Fuero Juzgo, publicada en 1241 en tiempos de Fernando III rey de Castilla<sup>10</sup>.

#### IV. EL ARBITRAJE EN LAS SIETE PARTIDAS

La mejor y más cabal exposición sobre el arbitraje en Castilla se encuentra en Las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. Se elaboraron a mediados del siglo XIII<sup>11</sup> y están escritas en el castellano de entonces.

Las Partidas son una obra monumental. Más allá de lo que disponen sobre arbitraje –que no es más que una porción del tema justicia– las Partidas tienen un carácter enciclopédico. Aunque el propio texto denomine a sus normas, leyes y utilice voces imperativas como “mandamos”, “ordenamos”, se ha discutido si cumplen o no el carácter

---

<sup>9</sup> Evelio Verdura Tuells, *Discurso de Ingreso en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación*, leído el 6 de junio de 2005, pp. 15 y ss; también en [http://es.wikipedia.org/wiki/Bronces\\_de\\_Botorrita](http://es.wikipedia.org/wiki/Bronces_de_Botorrita).

<sup>10</sup> Merchán Álvarez, Antonio, *El Arbitraje, Estudio Histórico Jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981, p. 20; Cruz Barney, Oscar, “El Arbitraje en México: Notas en Torno a sus Antecedentes Históricos,” *Revista Ars Juris*, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, No. 24, 2000, p. 57.

<sup>11</sup> La fecha exacta de la elaboración de las Partidas es objeto de discusión. Ver Sánchez-Arcilla, José, *Las Siete Partidas*, en el Estudio Introductorio, Editorial Reus, Madrid 2004, pp. XIII y ss.



de leyes propiamente dichas<sup>12</sup>. Han sido apreciadas más bien como un compendio de las normas jurídicas de su época, con la intención de armonizarlas y difundirlas.

Los textos sobre arbitraje están contenidos, en su mayoría, en la Partida III, Título IV, desde la Ley XXIII a la Ley XXXV. Estos textos impresionan porque comprenden todos los aspectos del arbitraje, desde el compromiso hasta el laudo, quien tiene capacidad para suscribirlo, las materias que pueden ir arbitraje y aquellas que no se pueden arbitrar, prohibiciones para ser árbitros, la conducta diligente que han de seguir los árbitros, la distinción entre árbitros arbitradores y de derecho...

Escapa a estas notas comentarlas por su extensión, digamos solo que las Partidas son una recopilación del proceso arbitral, en el que se cuidan bien todos sus aspectos, se procura dar solución a los problemas con los que usualmente tropieza. Llama la atención como muchos de los temas que hoy son objeto de debate en el mundo arbitral, están contemplados y, en alguna medida, resueltos en Las Partidas.

Quien fuera decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Antonio Merchán Álvarez<sup>13</sup>, da cuenta de la existencia de numerosos arbitrajes en España regidos por normas de las Partidas, con acopio de los documentos donde están contenidos, desde el siglo XII hasta llegar al siglo XIX.

## V. EL ARBITRAJE EN LA AMÉRICA HISPANA

El arbitraje en la América hispana tiene acta de nacimiento. El 10 de diciembre de 1532, el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Carlos V, a la vez Carlos I de Castilla, en conjunción con su esposa, la emperatriz y reina, Isabel de Portugal, dictó una pragmática<sup>14</sup> en la que se ordenó que las normas de arbitraje de Castilla se aplicaran en las entonces Indias, es decir en toda la América hispana. La pragmática dice textualmente:

---

<sup>12</sup> Ver Sánchez Arcilla, *ob. cit.*, pp. XXV y ss.

<sup>13</sup> *Ob. cit.*, pp. 280 y ss.

<sup>14</sup> Actos o decisiones del rey español con efectos generales.

“Ordenamos que las sentencias (sentencias) dadas por Iuezes (jueces) árbitros, iuris, ó Iuezes (jueces), amigos, arbitrades, y componedores, y las transacciones (transacciones) se ejecuten, conforme a derecho, y leyes de estos (estos) Reynos de Castilla (Castilla).

La pragmática de 1532 se incorporó a la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, que se publicó en 1680, bajo el reino de Carlos II. Allí figura en el Libro Quinto, Título X, Ley V<sup>15</sup>.

Esta pragmática –decreto, en tiempos más modernos– emana de la más alta autoridad del reino castellano y sacraliza al arbitraje como modo de resolución de conflictos en los nuevos territorios. La corona quiso asegurarse que los conflictos pudieran resolverse mediante árbitros en los territorios lejanos, máxime en aquellos lugares donde aún no se habían constituido las instancias judiciales.<sup>16</sup>

## VI. LOS PLEITOS COLOMBINOS

En el albor de la presencia española en América, se suscitó un pleito importante entre Colón –más bien, sus herederos– y la corona de Castilla acerca de los títulos y derechos que le fueron conferidos al Almirante sobre los nuevos territorios y que se resolvieron, luego de intensos y disputados procesos, mediante arbitraje.

---

<sup>15</sup> En <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>. Ver: J. Eloy Anzola, “Caracas 1808: El arbitraje entre Don Joseph de Bustamante y Don Gonzalo García de Prado,” en *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, Tomo I, Lima, 2013, pp. 401-439; y también en: “Reseña Histórica del Arbitraje,” en Venezuela, en el libro *15 años del arbitraje comercial en Venezuela*, Caracas, 2013, pp. 19-86.

<sup>16</sup> Es importante destacar que Brasil, colonia portuguesa, también recibe al arbitraje muy temprano. El derecho portugués tiene la misma tradición que su vecino castellano. El arbitraje aparece normado en las *Ordenações Alfonsinas* de 1500 y en las *Manuelinas* de 1525. Además, en 1581 Portugal pasa a tener como monarca a Felipe II, entonces también rey de España. La unión de las dos coronas, no siempre pacífica, subsiste hasta 1670. No obstante, en ese período, Portugal mantiene su autonomía, con un gobierno ejercido únicamente por portugueses y los españoles no pueden emigrar a Brasil. En 1603 Felipe II dicta las *Ordenações Filipinas* como leyes para Brasil. En su Título 16, Libro III se contempla el arbitraje.

En las Capitulaciones de Santa Fe<sup>17</sup> pactadas por Isabel la Católica, reina de Castilla y Fernando de Aragón, con Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492, es decir, meses antes de su primer viaje, se le dieron al navegante los títulos de almirante del mar océano, virrey y gobernador general<sup>18</sup> de todos los territorios que descubriera o ganase durante su vida. Se le concedió también la décima parte de todos los beneficios obtenidos, derecho que se extendía a sus herederos; además se le concedió un diezmo de todas las mercaderías que hallase, ganase y hubiese en los lugares conquistados. Es fácil entender que en 1492 antes de los viajes de Colón y de quienes le siguieron, no se conocía la extensión y el valor de lo que allí se encontraría.

Colón fue el primer virrey y gobernador de los territorios americanos. Ejerció su poder, muy especialmente, en la isla de La Española, pero sólo hasta 1500 cuando la corona, debido a su mal gobierno, de sus abusos y de varias insurrecciones, resolvió sustraerle los títulos de virrey y gobernador, dejándole solo el de almirante. Se le disminuyeron también las prebendas económicas. Le sustituyó el juez pesquisidor y gobernador Francisco de Bobadilla; le siguió a éste, en 1502 Nicolás de Ovando; y luego Diego Colón, quien en 1509 fue nombrado gobernador –mas no virrey– por merced de la corona, no como heredero de su padre.<sup>19</sup>

Cuando a Cristóbal Colón se le suprimieron los títulos de virrey y gobernador, reaccionó de inmediato. Escribió memoriales y súplicas a los reyes, en las que solicitó desde 1500 que le fueran restituidos los títulos de virrey y gobernador. Colón alegaba que las Capitulaciones eran un contrato y que, en consecuencia, los derechos que le habían sido conferidos –*pacta sunt servanda*–, no le podían ser cercenados.

---

<sup>17</sup> Población ubicada cerca de Granada donde los reyes católicos fijaron su cuartel general para la toma de Granada. Se llaman capitulaciones a los acuerdos o contratos que firman los reyes con particulares cuando les encomiendan ciertas acciones, como es el caso de Colón. Ver Wikipedia en [http://es.wikipedia.org/wiki/Capitulaciones\\_de\\_Santa\\_Fe](http://es.wikipedia.org/wiki/Capitulaciones_de_Santa_Fe).

<sup>18</sup> Ver Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, ob. cit., p. 297.

<sup>19</sup> Ots Capdequi, José María, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1945, p. 352. Ver también la muy documentada obra de Thomas, Hugh, *Rivers of Gold*, Random House, Nueva York, 2003, pp. 116 y ss.

Por su parte, la corona estimaba que a Colón se le habían otorgado mercedes y, por tanto, podían ser modificadas o suprimidas.

No obstante, Colón no acudió a la justicia a exigir los que creía eran sus derechos. Pero tras su muerte, el 20 de mayo de 1506, su hijo primogénito Diego, obtuvo licencia real para encauzar el reclamo de los derechos que había heredado. En 1508 le otorgó un poder a Juan de la Peña y en seguida los pleitos se iniciaron ante el Consejo de indias<sup>20</sup>.

Diego Colón muere en 1526 pero lo pleitos los continuó su viuda a nombre de su hijo Luis, quien se había convertido en el tercer almirante. Aunque otros derechos y privilegios fueron cuestionados, el de almirante nunca estuvo en juego.

Se produjeron al menos cuatro sentencias. Una primera llamada de Sevilla, que la dictó el Consejo Real de la reina Juana, el 5 de mayo de 1511; por cierto, bastante favorable a Colón, apelada por el Fiscal. Se produjo una segunda, en La Coruña, el 22 de mayo de 1526. Otra en Dueñas, el 27 de agosto de 1534, y una cuarta en Madrid el 18 de agosto de 1535<sup>21</sup>. En alguno de esos pleitos el Fiscal llegó al extremo de querer probar que Colón no había sido el descubridor, lo que intentó hacer con testimonios, seguramente falsos, de algunos de sus acompañantes<sup>22</sup>.

Finalmente, los pleitos encontraron solución mediante arbitraje, o en juicio de avenencia, como se les conocía entonces. Las partes nombraron a dos árbitros: García de Loaysa, presidente del Consejo de Indias y Gaspar de Montoya, presidente del Consejo de Castilla, quienes actuaron no por sus cargos sino como personas naturales de prestigio. El laudo unánime se dictó el 28 de junio de 1536 y le siguió una

---

<sup>20</sup> de las Casas, Bartolomé, *Historia de las Indias*, Libro Segundo, Capítulos 47 a 49, en el Volumen 3, pp. 237 y ss., Madrid, 1875, digitalizado en [books.google.com](http://books.google.com); Villapalos Salas, Gustavo, *La Naturaleza Procesal de los Pleitos Colombinos*, digitalizado en [www.bibliojuridica.org/libros/5/2119/13.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2119/13.pdf), pp. 293 y ss.; *De los Pleitos de Colón*, Colección de Documentos Inéditos, Segunda Serie, Real Academia de la Historia, tomo núm. 7, Madrid 1892, con Prólogo de Fernández Duro, C., pp. 1 a 23, digitalizado en: <http://www.archive.org/stream/colecciondocument07seririch#page/n7/mode/2uP>.

<sup>21</sup> Villapalos Salas, *ob. cit.*, pp. 298 a 300.

<sup>22</sup> En *De los Pleitos de Colón*, *ob. cit.*

aclaratoria el 7 de julio del mismo año<sup>23</sup>. El laudo determinó que Colón perdía el virreinato y la gobernación general; que conservaba el título de almirante, tal y como lo tenían los almirantes de Castilla; se le concedieron dos señoríos con sus títulos, marqués de Jamaica, en la isla del mismo nombre y duque de Veragua, en el istmo de Panamá; y, por último, una renta vitalicia de 10.000 ducados a la que se le sumaron 7.000 adicionales, años más tarde cuando renunció a los señoríos indios<sup>24</sup>.

## VII. EL ARBITRAJE ENTRE FRANCISCO DE PIZARRO Y DIEGO DE ALMAGRO

La disputa entre Francisco Pizarro y Diego de Almagro<sup>25</sup>, quienes se habían asociado para la conquista del Perú, surgió por un desacuerdo sobre la extensión de sus respectivas gobernaciones y a quien, en consecuencia, correspondía la ciudad de Cuzco, la capital de los incas.

La Capitulación de Toledo, firmada el 26 de julio de 1529, dividió las dos gobernaciones: para Pizarro la Gobernación de Nueva Castilla, que comenzaba en el norte en el pueblo de Teninpulla o Santiago (al norte del actual Ecuador) y se extendía 270 leguas hacia el sur. Y para Almagro, la Gobernación de Nueva Toledo, que se extendía inmediatamente al sur de la Nueva Castilla, extendiéndose en 200 leguas.

---

<sup>23</sup> Villapalos Salas, *ob. cit.*, p. 300.

<sup>24</sup> Villapalos Salas, *ob. cit.*, p. 300; Dougnac Rodríguez, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>25</sup> Son muchas las obras que tratan sobre la conquista de Perú y los conflictos y guerras entre los mismos conquistadores. Pueden verse H. Thomas, *The Golden Empire: Spain, Charles V, and the Creation of America*, Random House, Nueva York, 2010, Edición Kindle, leer el *Book II*; K. Macquarrie, *The Last Days of the Incas*, Simon & Schuster, 2007, Edición Kindle, leer el Capítulo 11 y siguientes. Son menos las que se refieren al arbitraje al que hacemos aquí referencia. Hemos consultado a: W. Hickling Prescott, *History of the Conquest of Peru; with a preliminary view of the civilization of the Incas*, H. Thomas, *The Golden Empire: Spain, Charles V, and the Creation of America*, Random House, Nueva York, 2010, Book II, es del dominio público, leer el *Chapter II*; B. Lavallé, *Francisco Pizarro y la Conquista del Imperio Inca*, Espasa, Madrid, 2005; también hay un buen resumen en *Wikipedia* bajo *Guerras Civiles entre los Conquistadores del Perú*.

No debía haber problemas en determinar exactamente donde terminaba la Nueva Castilla y donde comenzaba la Nueva Toledo. Pero Almagro sostenía que las mediciones de las 270 leguas de la Nueva Castilla debían hacerse siguiendo las sinuosidades de las costas, con sus golfos y caletas. Pizarro, en cambio sostenía que debía hacerse siguiendo la línea del meridiano. De acuerdo con la tesis de Almagro, la gobernación de Nueva Castilla terminaba al norte de Lima y de acuerdo a la de Pizarro, terminaba al sur del Cuzco.

Convencido de su tesis, Almagro se dispuso a ocupar Cuzco en 1535, pero el astuto Pizarro le convenció para que se marchara a la conquista de Chile, situada al sur, asegurándole que era una tierra donde abundaban los metales preciosos. Almagro emprendió entonces la expedición a Chile, partiendo del Cuzco en julio de 1535. No encontró nada de valor, buena parte era un territorio desértico, poblado de indios belicosos. La expedición duró unos dos años y terminó en 1537 con el regreso de Almagro al Cuzco.

Almagro ocupó el Cuzco que recién había sido liberado de un cerco de Manco Inca por Gonzalo y Hernando Pizarro, hermanos de Francisco Pizarro. Almagro decidió apresarlos. Se dice que Almagro contempló la posibilidad, a instancia de sus lugartenientes, de ejecutar a Hernando Pizarro. Desistió porque le llegaron unas cartas de Francisco Pizarro invitándolo a solucionar pacíficamente el conflicto mediante un arbitraje y Almagro convino en ello.

Ambos gobernadores acudieron al pueblo de Mala. El 13 de noviembre de 1537 convinieron en nombrar árbitro al provincial de la orden de La Merced, Francisco de Bobadilla<sup>26</sup>. Pero el encuentro entre ambos hombres terminó en un altercado. Almagro temiendo un atentado, abandonó el lugar. Bobadilla quedó facultado para dictar su fallo, aun en ausencia de una de las partes. Antes de fallar encargó hacer las mediciones correspondientes a unos pilotos de mar, luego de las cuales quedó convencido de que Pizarro tenía la razón: el Cuzco no pertenecía a la jurisdicción de Almagro.

---

<sup>26</sup> B. Lavallé, *ob. cit.*, p. 251.

El laudo arbitral no puso fin a la fiera disputa, porque Hernando Pizarro se liberaría y terminaría apresando a Almagro en el Cuzco haciéndolo estrangular en su celda en noviembre de 1538<sup>27</sup>.

Francisco Pizarro murió también asesinado en junio de 1541 por hombres al servicio de un hijo de Almagro, también llamado Diego y a quien apodaban el Mozo. A Pizarro lo atacaron en su casa y a pesar de defenderse valientemente, le dieron un espadazo en la garganta que le causó la muerte de inmediato<sup>28</sup>.

Una historia de horror y venganza que no concluiría con este último hecho<sup>29</sup>, porque la disputa entre los Pizarro y los Almagro continuaría, el Mozo sería apresado y ejecutado en 1542.

### **VIII. EL ARBITRAJE ENTRE FRANCISCO DE VILLAGRA Y FRANCISCO DE AGUIRRE**

Otro proceso arbitral en el tiempo colonial se dio en lo que hoy es Chile. Se produjo luego de la muerte de Pedro de Valdivia, justicia mayor y teniente gobernador de Chile<sup>30</sup>. Valdivia fue derrotado en diciembre de 1553, en la batalla de Tucapel por los indios mapuches quienes lo apresaron, lo torturaron duramente y mataron. Surgió entonces un conflicto acerca de quién debía sucederle. Los llamados eran Francisco de Aguirre y Francisco de Villagra, ambos oficiales al servicio de Valdivia. Valdivia, en su testamento, había instituido a Aguirre, pero sus manifestaciones verbales antes de morir señalaban como sucesor a Villagra. Por lo demás, Aguirre estaba ausente, se encontraba en Tucumán, territorio que hoy día es argentino.

La situación se hizo insostenible y el cabildo de Santiago, para evitar tener que decidir entre Aguirre y Villagra, resolvió, con la anuencia de los interesados, someter el asunto a arbitraje de letrados, nombrando a

---

<sup>27</sup> B. Lavallé, *ob. cit.*, pp. 258 y ss.

<sup>28</sup> B. Lavallé, *ob. cit.*, pp. 281 y ss.

<sup>29</sup> B. Lavallé, *ob. cit.*, pp. 291 y ss.

<sup>30</sup> El cargo se lo dio Francisco Pizarro. Fue elegido en cabildo por su compañeros conquistadores de Chile como gobernador y capitán general del reino de Chile, títulos que le fueron confirmados en 1548 por el virrey del Perú, Pedro de la Gasca.

tal efecto a Gutiérrez de Altamirano y Antonio de las Peñas. Este último señaló que él aceptaría el encargo, pero con dos condiciones: la primera, que su estipendio debía pagarse anticipadamente y ser elevado, dada la importancia del asunto, como en efecto se hizo; y la segunda, que el laudo se dictaría y firmaría por los árbitros pero que no se daría a conocer sino después que él se hubiese embarcado con destino al Perú, porque como había que atribuir el cargo a uno u otro, el vencido quedaría muy insatisfecho y con seguridad la emprendería contra los árbitros. Como veremos, de las Peñas avizoró bien el futuro que le esperaba.

El 30 de septiembre de 1554 ambos árbitros se embarcaron en Valparaíso y a poco se dio a conocer el laudo. El laudo enturbió más el ambiente porque resolvió dejar las cosas como estaban por un plazo de seis meses mientras proveía la Audiencia de Lima; y si Lima no se pronunciaba en ese tiempo, Villagra debía acceder definitivamente a las posiciones que había detentado Valdivia. Villagra no esperó por el plazo fijado y las asumió de inmediato. Aguirre no pudo oponerse.

A de las Peñas se le acusó de cohecho, supuestamente por haber recibido dinero de Villagra para que fallara a su favor, lo que en definitiva no fue demostrado. Pero a de las Peñas le esperaba una amarga sorpresa que le reservaba Aguirre, vencido en el pleito. Cuando de las Peñas regresó a Chile desde Perú, los hombres de Aguirre lo atacaron, dándole cuchilladas y cortándole las narices.<sup>31</sup>

Como vemos, el arbitraje en estos dos casos no consiguió resolver los conflictos y calmar los ánimos de estos hombres feroces.

## **IX. LA HERENCIA DE SIMÓN BOLÍVAR**

Luego de concluida la guerra de independencia con España en 1821 y luego de separarse de Colombia en 1830, se constituyó la República de Venezuela. Ese mismo año se promulgó una Constitución que consagró el derecho de los venezolanos a resolver sus controversias mediante arbitraje. Lo hizo en términos contundentes:

---

<sup>31</sup> González Echenique, *ob. cit.*, pp. 311 a 322.



Art. 190. Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros (...) con tal que se observen las formalidades legales.

Normas semejantes fueron incluidas en las Constituciones de 1857 y de 1858. El precedente inmediato de estas normas venezolanas está en la Constitución española de 1812, dictada ese año en Cádiz que reproducen a su vez las normas de las constituciones de 1791 y 1793 promulgadas durante la revolución francesa. La Constitución española de 1812 se elaboró cuando las fuerzas napoleónicas tenían dominada buena parte del resto de España y tenían apresado en Francia, desde 1808, al rey Fernando VII. Su padre, Carlos IV había abdicado en favor de Fernando cuando éste le forzó en 1808 en el *motín de Aranjuez*, desaguizado que motivó a Napoleón a hacerlos ir a Bayona, en el país vasco francés, y allí les hizo renunciar a sus tronos. Napoleón nombró entonces a su hermano José como rey de España y de los territorios de ultramar.

La presencia francesa en España produce una dura guerra que, con apoyo británico, termina con el retiro de Napoleón y sus tropas.

Lo que ocurría en la península ibérica produjo revueltas independentistas en la Caracas de 1808 con *la conjuración de los mantuanos*, siguieron el 19 de abril de 1810 cuando se destituyó al capitán general Vicente Emparan y el 5 de julio de 1811 cuando se firmó el acta de declaración de la independencia. Siguió una dura guerra que en el caso de Venezuela cesó en 1821. Entonces Venezuela, junto con el territorio que hoy es Ecuador, estaban integradas a Colombia. de la que se separa, como antes dijimos, en 1830. Poco después, una ilustre familia, la de Simón Bolívar, decidió resolver sus disputas sucesorales mediante arbitraje.

Bolívar, falleció el 17 de diciembre de 1830, sin dejar descendencia. Había otorgado testamento el 10 de diciembre de 1830. Instituyó como herederas, cada una por una tercera parte, a sus dos hermanas María Antonia y Juana; y la porción restante quedó a los tres hijos de su hermano pre-muerto Juan Vicente, sus sobrinos Juana, Felicia y Fernando, hijos de Josefa Tinoco, habidos fuera del matrimonio.

Entre los bienes testados estaban las minas de cobre de Aroa que pertenecían a antepasados de la familia Bolívar desde 1663.<sup>32</sup>

Varias fueron las disputas entre los coherederos. Pero el conflicto que fue a arbitraje surgió por una donación que el Libertador hizo a su hermana Juana por un documento privado o simple –es decir, no fue otorgado ante un escribano (hoy registrador o notario)– suscrito en Caracas el 3 de julio de 1827. El documento contemplaba que con el producto de la venta de las minas de cobre de Aroa se entregaran a Juana 30.000 pesos de la parte que correspondía al Libertador.

María Antonia Bolívar, haciendo gala de sus habilidades de mujer entendida en asuntos financieros y hábil negociante, logró pactar la venta de las minas de Aroa a una compañía inglesa el 4 de febrero de 1832, es decir, poco más de un año después de la muerte de Bolívar. El precio pagado por la empresa inglesa fue de 38.000 libras esterlinas, de las cuales 20.000 fueron recibidas al momento de pactar la venta y el resto a plazo<sup>33</sup>. Las minas fueron explotadas por la empresa inglesa hasta su extinción en el primer tercio del siglo XX.

Cuando Juana pidió que se cumpliera la donación ordenada por su hermano Simón, María Antonia se opuso cuestionando la veracidad del documento, alegando además su falta de autenticidad e indicando que, en todo caso, debía reducirse su cuantía por exceder los montos fijados en las leyes de Partidas. María Antonia consiguió el apoyo de Josefa Tinoco, quien actuó en representación de sus hijos, a quienes como hemos visto también correspondía un tercio de la herencia del Libertador.<sup>34</sup>

Las partes decidieron llevar esa disputa a arbitraje. Para ello suscribieron un compromiso, que se otorgó ante un escribano público (registrador) y que era requerido por las leyes de Partidas para acordar

---

<sup>32</sup> Las minas de Aroa figuran como el único bien de valor comercial en el testamento del Libertador que está íntegramente transcrito en la obra de Pedro Elías Aristeguieta, *Bolívar Administrador*, Caracas, 2007, pp. 163 a 165.

<sup>33</sup> Aristeguieta, *ob. cit.*

<sup>34</sup> Los menores eran Fernando y Juana; también representó al general José Laurencio Silva, cónyuge de su hija Felicia quien le confirió poder a su marido; Silva, a su vez, confirió el poder a su suegra a nombre de su esposa, que en aquellos tiempos, como mujer casada, era incapaz.

un arbitraje.<sup>35</sup> El compromiso lo firmaron las tres partes el 16 de julio de 1832 y acordaron nombrar cuatro árbitros.<sup>36</sup> Era común nombrar dos o cuatro árbitros y en caso de desacuerdo se acudía, de acuerdo con Ley XXIX de la Partida III, a un “hombre bueno” para dirimir el empate. En este caso no fue necesario porque, como hemos de ver, hubo una mayoría de tres árbitros y la disidencia de uno de ellos.

En el proceso arbitral hubo interrogatorios de testigos y escritos de las partes. Los árbitros hicieron público su veredicto el 27 de octubre de 1832.

Los árbitros concluyeron que el documento contentivo de la donación era válido y que había sido otorgado por el general Simón Bolívar. Que la donación se hizo *entrevivos* y no *mortis causa*, por tanto, no requería las formalidades de un testamento; a la vez que no era remuneratoria, es decir, no fue hecha en pago de alguna obligación preexistente.

Sin embargo, tres de los cuatro árbitros nombrados resolvieron limitar el monto de la donación en aplicación de una norma contenida nada menos que en las Siete Partidas. El laudo indicó que por ser una donación *entrevivos* de conformidad con la Ley 9, del Título 4º, de la Partida 5ª para ser valedera y eficaz en más de quinientos maravedís de oro debía hacerse “con carta y con sabiduría del juez mayor del lugar cuyo concepto envuelve la palabra insinuación”.<sup>37</sup> Dijeron también que como la exigencia de la insinuación no había sido derogada, la donación era “válida, firme, eficaz y subsistente en cuanto a la cantidad de quinientos maravedís de oro” y no por lo que superase ese monto.

---

<sup>35</sup> El expediente del caso se halla en la USB, en el Archivo Bolívarium 1, Ficha 126, Legajo 07/126. La historiadora Inés Quintero lo comenta ampliamente en su obra, *La Criolla Principal, María Antonia Bolívar la Hermana del Libertador*, Caracas 2003.

<sup>36</sup> Cuatro distinguidos abogados caraqueños: Josef Duarte, José de los Reyes Piñal, J. Ignacio Díaz y Francisco. Javier Yanes.

<sup>37</sup> La insinuación es un proceso judicial autorizatorio al que acude, normalmente, el donante para que se le permita hacer la donación. Con ello se pretende impedir que disipe irresponsablemente sus bienes.

El laudo se pronunció con la opinión mayoritaria de tres de los árbitros. Pero hubo un voto disidente, el de Francisco Javier Yanes, quien esgrimió lúcidos argumentos para justificar su posición:

[Yanes] conviene en que la donación de treinta mil pesos (...) es entrevivos; pero disiente de los otros Sres. Árbitros en cuanto ellos juzgan que debe tenerse por inoficiosa en lo que excede de los quinientos maravedís de oro (...) fundándose en que, en la misma España, no se conoce que moneda sea esa (...) y que, si hubo algunos maravedices de oro efectivo, cesaron en el reinado de los reyes Católicos [es decir,] se conocieron hace muchos siglos en la península y jamás en la Yndias.

Yanes agregó que:

Las leyes prohíben las donaciones inmensas para impedir que los hombres se arruinen y disipen inconsideradamente su patrimonio, y es evidente que la razón de semejante prohibición no tiene lugar en el presente caso, pues treinta mil pesos no arruinaban (...) la fortuna del Libertador, como se convence del valor en que se vendieron las minas.

Yanes añadió razonamientos fundados en lo que creía eran las nuevas ideas que inspiraban el derecho en la flamante república. Para Yanes las leyes españolas que exigían ciertas formalidades y limitaban la cantidad de las donaciones estaban en su concepto abolidas. Así dijo:

[E]n directa oposición con los principios fundamentales proclamados y reconocidos en Colombia y Venezuela desde el año de ochocientos once y por [consiguiente] abrogada[s]. En efecto se han proclamado y reconocido como derechos del Ciudadano, la libertad, la igualdad, y la propiedad: esta con el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria, derecho que incluye naturalmente la facultad de disponer de los mismos bienes según la voluntad de su dueño (...) por consiguiente que la donación de treinta mil pesos que el Libertador hizo a su hermana Sra. Juana Bolívar, es valida y eficaz.

Yanes no logró convencer a sus colegas árbitros, quienes se apegaron a las normas de las Partidas, que no permitían al donante excederse de quinientos maravedís de oro.

Al usar el valor de 500 maravedíes, moneda antigua y en desuso, se planteó un difícil problema de conversión a pesos de 1832. Sobre esta materia el Juez Letrado de Hacienda y Civil, sito en Caracas, dictó sentencia el 5 de enero de 1833, concluyendo “(...) que cada maravedí de oro corresponde á la sexta parte de una onza de oro actual según su valor corriente”. En conclusión, se redujo de manera considerable el monto de la donación, que pasó a ser en definitiva de 1.665 pesos. Juana, beneficiaria de la donación no quedó conforme con tan drástica reducción y cuestionó el veredicto, acudiendo a tribunales para demandar a su hermana María Antonia para que conviniera en la eficacia de la donación por su monto original. Solicitó medidas preventivas contra su hermana y obtuvo un embargo sobre 30.000 pesos. El embargo se practicó sobre el precio pagado por la empresa inglesa por las minas de Aroa. Como era de esperar, María Antonia ripostó negándose a reconocer la donación por ese monto y además pidió el reembolso de otros pagos que había hecho para beneficio de todos los herederos y exigió judicialmente el pago de la multa privada de 10.000 pesos más costas, que había sido pactadas en el compromiso arbitral y que había de pagar quien desconociera el laudo o recurriera contra el mismo.

Luego de estos amargos intercambios, las hermanas y Josefa Tinoco, optaron por poner fin amigablemente a sus disputas. El 9 de septiembre de 1833 se formalizó una transacción, conocida como Transacción Milagrosa hecha por la Santísima Trinidad y Nuestra señora de la Merced. En ese arreglo las hermanas María Antonia y Juana Bolívar y Josefa Tinoco, en representación de sus hijos, pusieron fin a todas las disputas que mantenían sobre la sucesión del Libertador, incluidas las de la donación y la multa.

María Antonia desistió del pago de la multa y costas. Se levantó el embargo sobre los 30.000 pesos, se repartió esa cantidad entre las tres partes y Juana, finalmente, recibió la donación del Libertador, pero reducida a 1.665 pesos. Sin duda, el triunfo fue para María Antonia.

## X. EL TIEMPO NUBLADO DEL SIGLO XIX Y DE INICIOS DEL XX

El arbitraje no cuenta con la aprobación y entusiasmo de todos. La institución tiene como enemigos a quienes estiman que la solución de controversias es una materia que corresponde exclusivamente al estado. La justicia, para ellos, debe atribuirse a un poder independiente del ejecutivo y legislativo pero que debe bastarse a si mismo, tanto en el conocimiento de las disputas, en su solución y también en la ejecución de las sentencias que se dicten.

Esos criterios se hacen más intransigentes cuando la materia que ha de juzgarse trata asuntos en que interesan al estado de manera directa o de interés público.

Aunque la materia exige tratarse extensamente y ello escapa a estas notas, no podemos dejar mencionar algunas líneas principales, al menos de las razones históricas y políticas que explican, aunque sólo en parte, esas posturas.

Como hemos visto el arbitraje desde su origen romano, se incorporó a la península ibérica y el rey castellano Carlos I (también emperador Carlos V) ordenó en 1532 que en América se diesen arbitrajes al igual que en su reino de Castilla. Desde entonces está en los territorios hispanoamericanos.

La incorporación del arbitraje romano también se dio en otros territorios europeos, en particular, en Francia. El arbitraje en Francia se instaló y subsistió no obstante algunos claroscuros. Pero emerge con gran fuerza durante la Revolución Francesa.<sup>38</sup> Los revolucionarios trataron de trasladar el ejercicio de la justicia al ciudadano, pero también pretendieron con el desarrollo y fortalecimiento del arbitraje, debilitar la justicia tradicional. Al iniciarse la revolución, la judicatura estaba en

---

<sup>38</sup> Thomas Clay, *Historia del Acuerdo Arbitral en el Código Civil Francés, El Convenio Arbitral*, tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, pp. 401 y ss; Jean-Jacques Clère, *L'arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d'une institution (1790-1806)*, *Revue de l'arbitrage*, París 1981, pp. 16 y ss.; C. Jallamion, *La Tradition Française de l'arbitrage*, *RUDN Journal of Law*, 2018, T. 22, N° 2, pp. 289-306. En: <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2018-22-2-289-306>.

poder de los jueces que había nombrado la monarquía y que los revolucionarios querían apartar. Por ello, en las primeras leyes de los insurgentes y en las constituciones de 1791 y 1793 se estableció derecho de los ciudadanos a resolver sus disputas por arbitraje. Pero no quedó allí el asunto. De esas normas se pasó al arbitraje obligatorio, incluyendo temas de familia. Esta fue una exageración que terminó por ser severamente criticada y hacerse inconveniente.

Ocurre que Napoleón Bonaparte se hace con el poder, primero como primer cónsul y luego como emperador. Emprende entonces una profunda reforma para unificar el derecho en toda Francia y restaurar la justicia estatal. Quiso que la institución ganase confianza y trató de organizarla como la mejor posible. Se creó una justicia independiente de los demás poderes y jerárquica. Las sentencias de primera instancia son siempre revisables mediante apelación o recursos.

Se crearon las distintas jurisdicciones en las materias civil, penal, comercial, administrativa, con jueces y tribunales a la vez especializados. La justicia así dividida y especializada hizo que el arbitraje fuera apartado al margen como un modo de resolución de disputas de menor calidad y que no tenía todas las garantías de buena justicia. Fue solo con la reactivación del comercio internacional en Europa a fines del siglo XIX que el arbitraje recuperó su utilidad, el favor del poder político y el favor de los jueces.

En ese siglo XIX, tanto España como Hispanoamérica, recibieron la influencia de la legislación y de los códigos napoleónicos que privilegiaron a la judicatura estatal. Aunque no eliminaron al arbitraje, no lo promovieron, más bien lo toleraron. Pero siguiendo a los franceses lo excluyeron de muchos asuntos y, en muchos casos, lo limitaron a las disputas entre comerciantes. Y sin ninguna duda en algunos territorios se adormeció al punto de hacerse prácticamente inexistente.

Algunas de las restricciones de entonces han llegado hasta hoy. Hay algunas muy justificadas donde el arbitraje no debe tener cabida. Por ejemplo, en la materia penal, no parece adecuado que un ciudadano imponga a otro, penas de prisión, igual en los temas de familia, donde luce más adecuado que sean los jueces estatales y especializados quienes juzguen y decidan sobre materias tan delicadas. Cuando más, podría aceptarse el arbitraje para los asuntos patrimoniales que de esas materias

puedan derivarse siempre que haya acuerdo previo de las partes interesadas. Tampoco son arbitrables las decisiones de órganos del estado en ejercicio de sus funciones públicas.

Distintos son los contratos suscritos por entes estatales o empresas del estado, máxime cuando desarrollan actividades comerciales e industriales. En estos casos, muchas legislaciones, les permite pactar arbitrajes, pero se le somete a un régimen exigente de aprobación y autorización.

En cambio, sí se han superado las oposiciones al arbitraje comercial en contratos internacionales. Entre las muchas causas de esta apertura, además de las necesidades propias de del comercio internacional, donde priva el interés de resolver con celeridad y eficacia las disputas, está la promoción y respaldo que le brinda al arbitraje la Organización de las Naciones Unidas a través la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL). La Comisión, integrada por juristas de todas las partes del mundo, ha sido especialmente exitosa con la redacción de una ley modelo, que abarca tanto el arbitraje internacional como el arbitraje doméstico y que ha sido adoptada por muchos países, o al menos, ha servido de inspiración a otros. Ha permitido también la muy valiosa unificación de criterios de interpretación.



# PRESENTACIÓN

## LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA

*Catedrático y director del Departamento de  
Derecho Público Especial de la Universidad de la Coruña  
Presidente del Comité Académico de  
Ius Publicum Innovatio Spin Off de la Universidad de la Coruña*

Alejandro CANÓNICO SARABIA

*Profesor de la Universidad Internacional de la Rioja  
Director ejecutivo de Ius Publicum Innovatio Spin Off  
de la Universidad de la Coruña*

## INTRODUCCIÓN

Muchas veces solo basta producir una pequeña idea y compartirla con las personas indicadas, para que se generen las sinergias necesarias que conllevan a la ejecución de grandes y trascendentales proyectos. Esta es precisamente la razón que justifica nuestra participación en esta importante publicación jurídica.

A propósito de la organización del Diplomado Internacional de Arbitraje vinculado al Sector Público que organiza *Ius Publicum Innovatio* (Spin Off de la Universidad de la Coruña), junto a la editorial

Tirant Lo Blanch y a la Asociación Mexicana de Compliance, como un programa de alto nivel académico que se presenta en este 2023 en su primera edición, y el cual nos ha correspondido codirigir, tuvimos la acertada iniciativa de invitar a integrarse al proyecto al Dr. Allan R. Brewer-Carías, quien no solo aceptó participar como docente del diplomado, sino que en la preparación de sus notas y del material necesario para impartir cátedra, se percató que contaba con varios artículos de su autoría, vinculados al tema, que fueran publicados previamente en forma dispersas en distintos libros, y que, al sistematizarlos y organizarlos, se podía gestar una importante obra recopilatoria sobre el arbitraje en el derecho público y el arbitraje de inversión, como la que se presenta en esta oportunidad.

Luego, de forma recíproca, el autor nos invita gentilmente a acompañarlo con una presentación a esta obra, a través de unas reflexiones sobre estos interesantes y polémicos temas vinculados a los medios Alternos de Resolución de Controversias, con especial referencia al arbitraje, pero en este caso, con la particularidad de la presencia del sector público o de intereses generales en la solución de los conflictos de que trate, lo que genera la necesidad de detenerse a analizar de forma crítica el abordaje de estos mecanismos, con la mirada puesta en los derechos fundamentales.

Se trata de una nueva obra científica, producto de la dilatada y consolidada labor académica del profesor Brewer-Carías y de su actividad profesional en diferentes escenarios, a la par de su generosidad en compartir con la comunidad científica internacional, sus análisis y conclusiones reflexivas sobre estos temas, y muchos otros.

Pues bien, además de introducir las bondades de esta publicación, consideramos oportuno y adecuado elaborar unas reflexiones al hilo precisamente de los arbitrajes vinculados al sector público. Consideramos importante en consecuencia propiciar la discusión sobre la nueva proyección del derecho administrativo hacia un Derecho Administrativo Global, cuáles son los principios que informan a continuación a esta disciplina, su conexión con el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, para culminar con una reflexión crítica sobre el arbitraje de inversión y su necesaria conciliación, entre los derechos e intereses del inversionista extranjero y los derechos humanos.

En fin, con esta iniciativa se pone en evidencia que la unión de voluntades, y de buenas voluntades, producen efectos positivos y generan efectos transformadores, como los que estamos seguros producirá esta obra de referencia en materia de arbitraje vinculado a lo público y al arbitraje de inversión. Al mismo tiempo estamos seguros que los alumnos del programa de diplomado internacional -que se iniciase beneficiarán de la sistematización contenida en esta obra aportada generosamente por el profesor Brewer-Carías, a partir de la cual podrán formular las reflexiones necesarias y sus propios análisis críticos para ayudar a consolidar una disciplina que se encuentra en constante movimiento.

## **I. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

La existencia del Derecho Administrativo Global es, hoy en día, una realidad indudable. Sin embargo, la ausencia de un sistema de fuentes, de principios y, sobre todo, de un Ordenamiento jurídico-administrativo global es causa de que la gobernanza, o gobernabilidad, y sobre todo el modelo financiero y económico global haya campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo Global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional.

Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del derecho administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad

pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o de la llamada ayuda al desarrollo. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el derecho administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Uno nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”<sup>1</sup>, es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de Tratados Internacionales y Redes Intergubernamentales de Cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. En efecto, estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas. En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo no sometidas al

---

<sup>1</sup> *Vid.* El pionero trabajo de los profesores B. Kingsbury, N. Krisch y R. B. Stewart, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014), pp. 16 y ss.

tradicional control del Estado-nación o de los Entes subestatales<sup>2</sup>. Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. En este sentido, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que, en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las que puede haber presencia empresarial, de ONGs, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el derecho administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “*rule of law*” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “*aggiornarse*” a la nueva realidad<sup>3</sup>. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, no deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo Global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> *Vid.* C. Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos comparados*, Porrúa, México, 2006, especialmente el capítulo dedicado a la cultura jurídica de matriz romano-germánica y al modelo anglosajón.

fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señalara agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho prudencial<sup>4</sup>. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del derecho administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo derecho administrativo a través de sus famosos “*arrets*”: ahora son los Tribunales y Cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho.

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, o el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “*cheks and balances*”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal<sup>5</sup>.

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico-administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de “*accountability*” o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que

---

<sup>4</sup> J.L. Meilán Gil, *Una aproximación al Derecho Público Global*, Global Law Press, Sevilla, 2013, p. 5.

<sup>5</sup> J. Rodríguez-Arana, “Approach to the principles of Global Administrative Law,” in J. Robalino - J. Rodríguez-Arana (Editors), *Global Administrative Law Towards a Lex Administrativa*, Cameron May International Law & Policy, London 2010, pp. 33-97.

percibimos la emergencia de este nuevo derecho administrativo en el que existe, todavía “*in fieri*”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho<sup>6</sup>.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público<sup>7</sup>. Para resolver este escollo, es menester que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

Precisamente para esta tarea surge el Derecho Administrativo Global. Para que la nueva Administración Global que opera, aunque todavía de manera incipiente en el nuevo espacio jurídico-administrativo global, funde toda su actividad en el marco de unos principios que no pueden ser otros que los del Estado de Derecho. Para eso surgió el derecho administrativo como sistema recuerda Giannini, como un instrumento de civilidad que asegure que el Derecho está por encima del poder o, por mejor, decir, para racionalizar, para humanizar el ejercicio del poder público<sup>8</sup>.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de Derecho Administrativo Global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de actos administrativos y de normas de la Administración Global estén inspirados por el primado de estos

---

<sup>6</sup> Vid. A. Mascareño, “Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial: momentos de universalidad en la *lex mercatoria*,” *Dilemata*, Nº 13, 2013, pp. 46-68.

<sup>7</sup> B. Kingsbury/N. Krisch, R.B. Stewart, *ob. cit.* p. 18

<sup>8</sup> M.S. Giannini, *El poder público*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 17 y ss.

principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas y el equilibrio y separación entre los poderes. Si sólo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionalista del Derecho Administrativo Global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el derecho administrativo no es más que la garantía, necesaria para que los agentes trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio.

La cuestión se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo Global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El Derecho Administrativo Global incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva Administración Global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas.

El problema de la legitimidad de la acción administrativa global no debe ser contemplada únicamente desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia. Más bien, la legitimidad ha de venir amparada por sistemas democráticos de producción de actos y normas en los que brille con luz propia el pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.



Entre los órganos que componen la realidad administrativa global se encuentran según estos profesores anglosajones: los órganos administrativos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales, estructuras de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, así como algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de relevancia pública en sectores concretos. Esta nueva estructuración de la Administración global viene a confirmar la versión objetiva o material del Derecho Administrativo en la medida en que la perspectiva subjetiva queda rebasada por la realidad. Ahora lo determinante va a ser la función de esta nueva Administración global en la que tiene un lugar propio los esquemas organizativos públicos-privados y las organizaciones privadas que realicen tareas de trascendencia pública, de interés general, en determinados sectores.

La clave del Derecho Administrativo Global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que ahora va a poder proceder no sólo de estructuras administrativas tradicionales sino también de nuevos sujetos que ahora van a cobrar especial protagonismo en el espacio jurídico global. La gobernanza global, la gobernabilidad global o la gobernanación global va a ser la principal actividad que va a estudiar el Derecho Administrativo Global, que en modo alguno invade el campo de trabajo del Derecho Internacional Público, ya que aunque estamos en el marco de la gobernanza global y en ocasiones trabajamos en la frontera del Derecho Internacional, estamos en presencia de una tarea de regulación de amplios sectores de la vida económica y social de inequívoco alcance administrativo<sup>9</sup>.

No obstante, la actividad administrativa que va a estudiar el Derecho Administrativo Global se refiere, en el plano supranacional, a estándares derivados de la cláusula del Estado de Derecho de aplicación a las regulaciones administrativas derivadas de Tratados Internacionales, a las regulaciones “informales” adoptadas al aplicar y ejecutar regímenes

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

normativos internacionales, así como a la denominada función administrativa de naturaleza “jurisdiccional” distinta de la conclusión de Tratados o de la resolución judicial entre sujetos del Derecho Internacional.

El Derecho Administrativo Global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se ha ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores citados dicen que este espacio administrativo global es de orden polifacético porque en el actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONGs o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insistimos, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del derecho administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o subestatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional.

El espacio administrativo global es un espacio jurídico. Es importante esta precisión porque la afirmación de un espacio administrativo global sin la caracterización jurídica podría llevarnos de la mano a la perspectiva tecno estructural en cuya virtud se intenta, tantas veces, contemplar la realidad sin más límites que los de la eficacia o la eficiencia. Algo que, en este tiempo, como en el pasado, constituye uno de los desafíos más importantes del derecho administrativo: o se

convierte de verdad en el Derecho del Poder para la libertad, o, sencillamente, termina por ser la “*longa manus*” del poder, la justificación técnica del poder sin más.

Por otra parte, el Derecho Administrativo Global encuentra también espacio propio, en coexistencia con el Derecho Internacional Público, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en la base de la acción que se realiza a nivel global en el trabajo del Consejo de Seguridad de la ONU y en la comitología de la propia organización de Naciones Unidas, así como en la regulación de la energía llevada a cabo por la Agencia Internacional de Energía Nuclear (AIEA) o en los mecanismos de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas<sup>10</sup>.

La realidad de la acción pública a nivel supranacional e intergubernamental nos ofrece un panorama bien amplio y variado de modalidades de acción pública institucional que trae su causa de regulaciones globales procedentes de la Administración Global. Una Administración que es polifacética, poliédrica, plural, en la que la proyección del pensamiento abierto y compatible permite que la acción administrativa en sentido amplio deje de ser un coto reservado de las estructuras tradicionales de naturaleza administrativa.

Podrá decirse, con razón, que este enfoque no es nuevo. Y es cierto. Como es sabido, en el siglo XIX, a finales, surgió una perspectiva internacional del derecho Administrativo llamada Derecho Administrativo Internacional que, lejos de sustituir al Derecho Internacional Público, trató de explicar la acción de la llamada Administración Internacional como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales o “uniones internacionales”, que según Kingsbury, Krisch y Stewart, trataban temas como los servicios postales, la navegación o las telecomunicaciones y que disponían, en ocasiones, de relevantes poderes regulatorios que incluso no precisaban de ratificación estatal para desplegar eficacia jurídica.

Otra de las características que nos interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa

---

<sup>10</sup> B. Kingsbury, *Ob. Cit.*, p.18

global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento del derecho administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias derecho administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo Global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del derecho administrativo como pueden ser, por ejemplo, el derecho ambiental, derecho sanitario, el derecho de la seguridad o el derecho marítimo.

Los actos y normas emanados por las cinco formas de Administración Global hasta ahora conocidas deben realizarse en el marco de los principios del Estado de Derecho que preside el entero sistema del derecho administrativo en todo el mundo. Es decir, los actos y normas procedentes de los organismos internacionales formales (Consejo de Seguridad de la ONU y comités derivados Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, Organización Mundial de la salud, Banco Mundial o Grupo de Acción Financiera Internacional) de las redes transnacionales de cooperación entre funcionarios de órganos de regulación nacional (Comité de Basilea), de órganos regulatorios nacionales bajo Tratados, Redes u otros regímenes cooperativos (Administración dispersa como la OMC), de órganos híbridos público-privados (Comisión del Codex Alimentarius, ICANN), o de instituciones privadas de naturaleza regulatoria (ISO) deben estar producidos en el marco del Estado de Derecho. Ello quiere decir, entre otras cosas, que el dilema entre eficacia y legalidad, tantas veces presente en la gestión pública, debe resolverse siempre, y en todo caso, en el marco de los principios del Estado de Derecho.

Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al derecho administrativo estatal como al Derecho Administrativo Global. El derecho administrativo estatal y el Derecho Administrativo Global, que han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen el Ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de “*accountability*”, también deben existir en el nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global.

En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de “*accountability*”, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al derecho administrativo, que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho.

## **II. EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO**

El derecho administrativo de corte continental, el que nace según algunos tras la revolución francesa, tiene unos contornos y un ambiente ciertamente autoritario que trae su causa precisamente de la explicación histórica en cuya virtud la burguesía accede y se encarama al poder. En este contexto, el acto administrativo es el gran mito que justifica esta versión unilateral del poder y el sentido que desde el principio se confió a los conceptos de privilegio y prerrogativa. No podemos olvidar que, efectivamente, la elusión del control judicial por parte de la Administración pública es uno de los principios sobre los que se montó en Francia este ordenamiento que permitió la organización del Estado, tantas veces construido al margen y de espaldas, a pesar de las solemnes declaraciones programáticas de las más “progresistas” Constituciones. En Europa, la tradición del derecho administrativo ha preterido en sus inicios la centralidad de la condición humana para lanzarse a la construcción y diseño de un modelo de Estado al que se reclamaba que solucionara todos los problemas sociales. El esquema del estado de bienestar en el que hoy vivimos no es más que una fiel representación de esa gran construcción autoritaria que pide a los ciudadanos que no se preocupen de los asuntos comunes, colectivos, porque para ello ya está el Estado, las estructuras administrativas y los funcionarios.

Es verdad que los principios configuradores del Estado de Derecho: legalidad, separación de los poderes y reconocimiento de los derechos individuales tienen, de alguna manera, matriz europea. Pero también es verdad que en su desarrollo y evolución han ido quedando un tanto desdibujados ante la omnipresencia y omnipotencia de un Estado del que los ciudadanos debían esperar todo, prácticamente todo.

Esto explica la escasa virtualidad operativa de la participación real en Europa y la fuerza que poco a poco ha ido asumiendo el llamado Estado de partidos como dueño y señor de la realidad política, y tantas veces económica, en el solar del viejo continente. La separación de poderes se ha ido tornando una quimera ante la posición hegemónica de los partidos. El reconocimiento de los derechos humanos se entiende en clave positivista, como si la dignidad del ser humano viniera de la ley. La arbitrariedad, como ausencia de racionalidad y, por ello, el dominio de los fuertes sobre los débiles está dirigiendo los destinos de un continente en degradación permanente precisamente por haber renunciado a sus raíces culturales y al sentido originario del principio de legalidad, de la separación de poderes y de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona.

En este contexto, la interacción de los Ordenamientos, la emergencia del Derecho Administrativo Global y la proyección de los principios del nuevo derecho comunitario de rostro humano, están permitiendo que, en efecto, el viejo continente salga del marasmo y de la atonía cultural en que se encuentra, para tomar el relevo que históricamente le corresponde. En este sentido, una tarea pendiente que tiene el derecho administrativo europeo es, precisamente, revitalizar lo jurídico del espacio administrativo continental para evitar que la captura de lo económico sobre lo institucional no continúe pervirtiendo el sentido de un Ordenamiento nacido para que la justicia brille con luz propia en el viejo continente y no para ponerse al servicio del poder, sea éste de naturaleza política o económica.

La europeización del derecho administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europea. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en las resistencias mostrencas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera, tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparable que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del derecho administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de

directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el derecho administrativo comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido diciplinando la acción sectorial de la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras.

Schmidt-Assmann ha llamado la atención sobre la posición jurídica del ciudadano en el derecho administrativo comunitario que, aunque ocupa un lugar destacado, no ofrece el mismo plano de centralidad que tiene en el derecho alemán porque esa posición del ciudadano parece confundirse con la defensa de la legalidad adjetiva, con la intención de asegurar la efectividad del Derecho. Esto, según el citado autor alemán, se pone de relieve en dos puntos<sup>11</sup>.

Primero, los ciudadanos pueden recurrir la transposición de las directivas, aunque la dimensión del interés general afectado sigue siendo un problema por su abstracción y su generalidad. Y, segundo, en materia de medio ambiente se intenta sensibilizar al ciudadano para que pueda participar en la elaboración y configuración de estas políticas públicas comunitarias de tanta trascendencia. Como señala Schmidt-Assmann, con ello se pretende no descargar la responsabilidad sólo en el aparato ejecutivo del Estado, sino movilizar a los propios ciudadanos como administradores del medio ambiente.

Ciertamente, en materia de medio ambiente, este proceso de europeización ha saltado las fronteras del viejo continente y se ha instalado nada menos que en los Estados Unidos de América. En efecto, en virtud del principio de sustitución, la legislación comunitaria europea, para proteger a las personas y al medio ambiente, debía ser capaz de promover soluciones innovadoras que llevarán a la eliminación progresiva de las sustancias químicas más peligrosas, sustituyéndolas por mejores alternativas.

---

<sup>11</sup> E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 22 y ss.

En cualquier caso, como señala Schmidt-Assmann, la clave conceptual del Estado de Derecho sigue siendo la libertad individual. Así, el Estado de Derecho, sigue diciendo este profesor, que se nos muestra como la forma de Estado capaz de dejar espacio al individuo, de garantizar su autonomía individual<sup>12</sup>. Sin embargo, la aparición del modelo del Estado social de Derecho incorpora una forma solidaria de ejercicio de las libertades porque el ciudadano ciertamente no está sólo en el mundo, sino que está en relación continua y permanente con otras personas y con instituciones sociales y de naturaleza pública. Concebir la cláusula del Estado de Derecho como una cláusula para el aislamiento del individuo nos parece poco acorde con los postulados de la justicia y de la racionalidad. Más bien, esa dimensión de la cláusula del Estado social de Derecho va a hacer posible que el Estado deje de ser un espectador pasivo para convertirse en un decisivo actor que, a través de la regulación, crea condiciones, genera contextos y marcos en los que, en efecto, el ejercicio de la libertad, en todas sus manifestaciones, sea más real y efectiva.

Como es sabido, en el preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea se refiere al Estado de Derecho y a la democracia como intereses compartidos por los Estados miembros, intereses que tras el Tratado de Ámsterdam son ya principios generales de la Unión Europea. Como señala Schmidt-Assmann, tanto el Estado de Derecho como la democracia son, pues, la base común del Derecho Administrativo Europeo, actualmente en fase de construcción. En el Estado de Derecho, como recuerda este profesor, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es el Derecho el que da forma y medida al Estado, a su eficacia y a la vida colectiva que se desarrolla en su seno. El Derecho ha de presidir el espacio administrativo europeo y el funcionamiento de las Administraciones públicas europeas<sup>13</sup>. En el Estado de Derecho las personas han de disfrutar de sus derechos fundamentales y han de poder ser garantizados en casos de conflicto o controversia con arreglo a parámetros de justicia articulando procedimientos administrativos, dice Schmidt-Assmann que conduzcan a la racionalidad.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> E. Schmidt-Assmann, *ob. cit.*, p. 20.



Justicia y racionalidad, por tanto, son dos principios básicos del espacio jurídico europeo que ya son patrimonio también del Derecho Administrativo Global.

La cláusula del Estado de Derecho ayuda a entender el sentido que tiene el Derecho Administrativo Global también como Derecho del poder público global para el ejercicio solidario de las libertades por parte de los ciudadanos del espacio jurídico administrativo global. Europa es un espacio jurídico comprometido con la libertad y con la efectividad de los derechos fundamentales de la persona. La Carta Europea de los derechos fundamentales bascula en esta dirección y, a pesar de la ausencia de virtualidad jurídica, constituye un intento que debe ir seguido de su constitucionalización en el Tratado por el que se instituya una Constitución para Europa.

El papel que juegan los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho debe completarse, forzosamente, con una referencia a la necesidad de una adecuada participación de los ciudadanos en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio objetivo del interés general. Así, solo a través de esa participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y –esto es decisivo– esa realización personal le permite desempeñar mejor su papel en la sociedad. Esta idea de los derechos fundamentales de la persona en el Estado social ha sido, poco a poco, desnaturalizada por un deficiente entendimiento de la intervención pública en cuya virtud, más que promover el ejercicio de estos derechos, terminó por condicionar irracionalmente a través de una sutil dependencia del ciudadano respecto al sistema de partidos que ha caracterizado buena parte del desarrollo del modelo en el viejo continente.

En efecto, la Ley Fundamental de Bonn afirma la vinculación “a la ley y al Derecho del poder ejecutivo y judicial”. También la Constitución española dispone, en su artículo 103, que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento a la Ley y al Derecho” y el artículo 10.1, dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Las fórmulas “Ley y Derecho”, “dignidad de la persona” o “derechos inviolables que le son inherentes”, parecen sugerir la idea de un derecho administrativo en el que junto a normas y regulaciones coexisten principios, principios que son los que dotan de sentido y congruencia la construcción de un Estado de Derecho que en muchos Estados de la Unión Europea se reduce a un rancio positivismo que solo admite la existencia de principios en cuanto corolarios inmanentes de las normas jurídicas en sentido formal.

Paralelamente a la afirmación y el desarrollo jurídico de estos derechos y libertades, se ha llevado a cabo la construcción de unas instituciones comunes que han tenido, durante largo tiempo, la misión primordial de garantizarlos. Posteriormente, la madurez de estas instituciones permitió que asumieran un papel de dirección de determinadas políticas comunes, de representación de los intereses, también comunes, de los ciudadanos y, en definitiva, de ejercicio del poder que corresponde a una comunidad organizada políticamente para servir al bien común.

En este punto, podríamos preguntarnos cuales son las causas de que la construcción europea en marcha se continúe hoy percibiendo como una realidad, economicista y ajena a la vida de los ciudadanos, cuando no burocráticamente opresora. Probablemente, la respuesta a esta gran cuestión nos ayude a comprender la importancia del Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con los valores del Estado social de Derecho y con los principios generales que permiten que las regulaciones tengan sentido, tengan congruencia y, fundamentalmente, trasluzcan la lucha por la justicia en un mundo en el que con frecuencia encontramos tecnoestructuras que pretenden someter al Derecho a una fórmula más de “racionalidad” económica.

En este punto es menester caer en la cuenta del diferente entendimiento que de la libertad se ha realizado a ambas orillas del océano Atlántico. Se trata de poner de relieve las profundas diferencias que en orden al concepto de la libertad encontramos en el sistema jurídico continental y en el sistema jurídico anglosajón. Ambas tradiciones, como ya hemos señalado, más que confrontarse deben ser articuladas a través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que está en la base del Derecho Administrativo Global. Es decir, es fundamental conciliar adecuadamente

las tradiciones constitucionales anglosajona y continental. Obtener lo mejor de ambos sistemas jurídicos, desde esquemas de complementariedad, ayuda a comprender el sentido que tiene este Derecho Administrativo Global que hoy emerge con gran vitalidad.

El sistema anglosajón opera sobre la idea de la “*liberty*” liberal y tiende a concebir los derechos y las libertades políticas como límites a la actuación de los poderes públicos. Frente a ella, la tradición romano-germánica que impera en el continente nos muestra a estos derechos como inseparablemente unidos a ciertas obligaciones positivas que los poderes públicos han de adoptar en relación con los ciudadanos.

Estas construcciones jurídicas, que encierran dos maneras distintas de entender la persona, deberán confluir en la medida en que la tensión entre el individuo y la sociedad, entre la persona y el poder, debe resolverse en clave de interdependencia, sin por eso vaciarse el valor intrínseco de la persona. He aquí, pues, uno de los apasionantes desafíos que Derecho Administrativo Global tiene por delante y que habrá de resolver desde el diálogo entre las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos-públicos al servicio de la centralidad del ser humano y de su innegociable dignidad

Como es sabido, los Tratados Fundacionales y el resto del Derecho Originario de las Comunidades Europeas no establecieron una carta de Derechos Fundamentales hasta el año 2000. Ello fue consecuencia, según parece, del enfoque funcionalista que asumió la Comunidad en su nacimiento, consistente en aproximar realidades económicas y favorecer libertades comerciales como paso previo, en teoría, a la integración política.

El contenido preferencialmente económico de las Comunidades Europeas posibilitó que los Tratados Constitutivos solo establecieran medios para la protección de los derechos a la no discriminación por razón de nacionalidad y sexo, a la propiedad (en su forma industrial y comercial), a la libre circulación de personas, mercancías y capitales, el libre establecimiento empresarial, el secreto profesional y la garantía de no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales y sindicales. Sin amargo, la idea de competencia, omnipresente en los Tratados y en buena parte del Derecho derivado ha provocado un auténtico terremoto en las formas tradicionales de entender la intervención de los poderes

públicos en la economía, hasta el punto de dismantelar, de alguna forma, conceptos e instituciones que por largo tiempo presidieron el derecho administrativo en los países de tradición continental.

Tampoco el decurso histórico de la Unión Europea ha supuesto un gran avance en materia de regulación de derechos fundamentales de la persona. Las distintas normas que se han ido incorporando tanto a las bases constitucionales como al Derecho derivado, apenas han alterado el “*estatus quo*”. Todas ellas, desde el Acta única hasta el propio Tratado de Maastricht, han venido siendo consideradas por quienes abogan por la constitucionalización plena de los derechos fundamentales en una Constitución europea, oportunidades perdidas.

En todo caso, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es Derecho interno de los Estados miembros. Los Estados han de cumplirlo, asumen la obligación de su cumplimiento. Además, como señala el profesor Cassese, el Convenio tiene una influencia indirecta en los Estados pues tal y como dispone el artículo 6 del Tratado de la Unión la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el convenio europeo de derechos humanos<sup>14</sup>. Así las cosas, nos hallamos ante una protección múltiple de los derechos fundamentales de la persona: por las Constituciones nacionales, por el Convenio y por el Tratado de la Comunidad Europea, en este último caso también como principios establecidos por el Convenio (Cassese).

Un punto interesante del alcance de la protección de los derechos fundamentales en el solar europeo se refiere a que mientras el Convenio afirma expresamente que el derecho fundamental se garantiza frente a un juez, el Tribunal de Estrasburgo ha ido más allá y, superando la distinción entre actividad administrativa y judicial, ha establecido, como señala el profesor Cassese, que el derecho fundamental se tutela también en procedimientos administrativos semi-contenciosos<sup>15</sup>. Así, de esta manera, el Tribunal ha llevado normas, configuradas por el Convenio para procesos ante jueces, a procedimientos que se realizan ante autoridades administrativas de naturaleza contenciosa o semi-contenciosa.

---

<sup>14</sup> Vid. Por todos S. Casese, *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014.

<sup>15</sup> S. Cassese, *El Derecho Global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Global Law Press, Sevilla, 2013, p. 5 y ss.

En este contexto, aparecen principios, que en el campo del orden sancionador y en las actividades de ordenación, son ya propios del Derecho Administrativo Global, como pueden ser el principio de independencia e imparcialidad del órgano resolutor, el principio de contradicción, el principio de proporcionalidad, el principio de racionalidad, el principio de publicidad, o el derecho a un defensor. Evidentemente, como advierte Cassese, esta interpretación del Tribunal de Estrasburgo se refiere a procedimientos administrativos en los que existe una función materialmente jurisdiccional, como puede ser el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración pública.

En realidad, si el Tribunal de Estrasburgo entiende, en el caso de una demanda individual, que ha habido una lesión del Convenio y que el Derecho interno sólo de manera indirecta permite reparar tal violación, entonces concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Además, el artículo 46 del Convenio dispone que los Estados contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas en los litigios de que sean partes, sobre cuya ejecución el Comité de ministros tiene funciones de vigilancia. Sin embargo, el contenido de las indemnizaciones en ocasiones es bastante desproporcionado y con frecuencia la ejecución de las sentencias condenatorias al Estado deja mucho que desear. Ciertamente, la indemnización que lleva aparejada la lesión del Convenio ha sido criticada por la doctrina al entender que lo razonable sería que el propio Tribunal pudiera anular actos y normas. Si embargo, todavía algunos piensan que la soberanía reside únicamente en el ámbito estatal, que es dónde se pueden anular actos y normas.

El caso del Tribunal de Estrasburgo y del propio Consejo de Europa plantean la necesidad de simplificar esta dualidad de autoridades sobre el espacio europeo, de manera que la Administración supranacional europea sea más sencilla y adecuada a la realidad del tiempo en que vivimos. Es verdad que hoy en día la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha establecido un conjunto de principios de derecho administrativo sustantivo o material que deben ser respetados por las Administraciones públicas nacionales en cuanto que realicen procedimientos de naturaleza contenciosa. Pero, a pesar de ello, el espacio jurídico europeo precisa de una Constitución, un poder

ejecutivo, un poder judicial y un poder legislativo que permitan el recto ejercicio de los postulados del Estado de Derecho para todos los países de la Unión Europea.

Otra vía de creación del Derecho Comunitario Europeo, la jurisprudencial, procedente del Tribunal de Luxemburgo, ha sido más relevante. Los mecanismos puestos en marcha para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades netamente comunitarios, especialmente los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, se encontraron muy pronto con problemas derivados de la necesidad de resolver litigios en los que, además de las libertades consagradas en los Tratados, la propia acción de la Comunidad o de los Estados miembros ponía en cuestión el ejercicio de otros derechos fundamentales no expresamente reconocidos en los Tratados. El TJUE ha pretendido resolver esta cuestión justificando sus incursiones en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona a partir de considerarlos como “principios generales del Derecho Comunitario” derivados de la tradición jurídica común de los Estados Miembros”.

En este sentido, no se puede olvidar que la proyección, por ejemplo, del principio de tutela judicial efectiva, en lo que se refiere a la justicia ahora llamada cautelar, ha tenido un gran avance precisamente en la jurisprudencia del TJUE, de dónde ha saltado a la jurisprudencia de los Estados miembros. El caso “*factortame*”, recogido por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en una resolución del año 1990 pone de manifiesto hasta qué punto el derecho procesal administrativo europeo ha desembocado en el establecimiento de principios de derecho administrativo supranacional como el que reza: *el proceso para el que tiene la razón no puede ser un obstáculo que le quite precisamente la razón*.

Así, poco a poco, se ha ido perfilando una construcción ciertamente “procesal” de derechos como el de audiencia al ciudadano, o garantías como la irretroactividad de las disposiciones limitadoras de derechos, la proporcionalidad de las sanciones o la obligación de resarcir los daños ocasionados por los incumplimientos de las normas comunitarias.

Piénsese, en este punto, la sentencia que obligó al Reino Unido a indemnizar a los pescadores españoles que habían sido privados ilegítimamente de su derecho a faenar en aguas inglesas con sus buques de bandera británica.

También la sentencia del TJUE, de 5 de octubre de 1994, incorpora al ámbito de los derechos fundamentales comunitarios, el “respeto a la vida privada”, tras examinar la licitud de unas pruebas médicas como requisito de acceso a un empleo al servicio de las instituciones comunitarias. En cualquier caso, esta construcción jurisprudencial no satisface a la doctrina mayoritaria, que la considera plagada de incertidumbres, cuando no de cierta discrecionalidad. Sin embargo, a todo evento, esta jurisprudencia muestra hasta qué punto en el ámbito del Derecho Administrativo Europeo los derechos fundamentales de la persona son uno de sus principales pilares.

Las autoridades judiciales, en especial los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea han criticado este procedimiento de creación jurisprudencial del TJUE, manteniéndose hoy un cierto *status quo* de equilibrio entre la primacía del Derecho Comunitario Europeo frente a las normas nacionales incluso de rango constitucional.

Para lograr sus fines propios, la Europa unida debe asumir el reto de llevar lo más lejos que sea posible la protección efectiva y la promoción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por ello, la síntesis de las actuales regulaciones de los derechos fundamentales de cada Estado miembro debe aspirar a ser un repertorio de máximos, no de mínimos. Debe aspirar, por tanto, a incorporar al acervo jurídico comunitario las regulaciones más perfectas y acordes al sentido de la dignidad del ser humano. Así, de esta manera, haciendo un estudio analítico de los derechos fundamentales de la persona en todas las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea se podría llegar a un catálogo comúnmente aceptado por todos los países en los que en efecto brille con luz propia la dignidad del ser humano, fundamento del Estado de Derecho.

Schmidt-Assmann ha llamado la atención sobre la constatación de la construcción sistémica del derecho administrativo a partir de los derechos fundamentales, tendencia que se aprecia en los nuevos

tiempos<sup>16</sup>. Sin embargo, para este profesor alemán, esta línea de trabajo presenta algunos riesgos como el de dar una relevancia exacerbada a la equidad como justicia del caso concreto o construir una dogmática administrativa excesivamente especializada en torno a algunos concretos derechos fundamentales de la persona. Tal peligro se produce, obviamente, si se mantiene una posición de la relevancia de los derechos fundamentales sin tener presente el concepto de libertad solidaria, o, si se quiere, olvidando la dimensión social que ahora acompaña a la cláusula del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales de la persona no atienden, solo y exclusivamente, a los intereses individuales, al igual que el interés general no es, no puede ser, el interés de los poderes públicos. Hoy el contenido de los derechos fundamentales, porque parten de la centralidad de la dignidad del ser humano, reclaman que el Estado propicie espacios para el ejercicio de la libertad solidaria por todos los ciudadanos, especialmente los más débiles. Hoy, la definición de los intereses generales ya no se realiza unilateralmente por la Administración pública, sino que ésta debe abrirse a la realidad social y dialogar con las instituciones y grupos que trabajen en ese concreto sector sobre el que adoptar algunas decisiones de política pública.

En alguna medida, esta dimensión individual del derecho administrativo de la que habla Schmidt-Assmann parece haber justificado, según su criterio, una serie de principios como el de interdicción de la arbitrariedad, prohibición de exceso, proporcionalidad, adecuación, exigibilidad, igualdad o confianza legítima. El profesor Schmidt-Assmann señala, en este sentido, que estos principios han sido subsumidos en una suerte de meta-principio general o potestad general de la Administración de actuar conforme a equidad, o de acuerdo con la justicia del caso concreto. Concebir este meta-principio en criterio o guía única para la actuación administrativa implica, según Schmidt-Assmann, a colocar la realidad, las circunstancias de cada caso en el primer plano de la práctica administrativa superando toda tendencia a automatizar la aplicación del Derecho y a tipificar la actuación de la Administración pública<sup>17</sup>. En opinión de este autor, aplicar tal criterio supone, además, que la Administración está en condiciones de conocer

---

<sup>16</sup> E. Schmidt-Assmann, *ob. cit.* p. 5 y ss.

<sup>17</sup> E. Schmidt-Assmann, *ob. cit.*, p. 20.



individualizadamente las circunstancias de todos los ciudadanos, lo que, desde su punto de vista, trae consigo que la Administración ha de atender los intereses individuales de los administrados.

Este planteamiento nos parece que no tiene en consideración que si la Administración está sometida a la Ley y al Derecho es porque ambos conceptos, que ordinariamente tienden a identificarse, no siempre se expresan a través de los mismos instrumentos jurídicos. Y, además, en ocasiones, hasta es posible que se puedan encontrar normas que no son jurídicas: la historia nos enseña, como sabemos, multitud de casos. El sometimiento del poder al Derecho, que como hemos señalado ya es una de las principales tareas del Derecho Administrativo Global para evitar la tiranización del Derecho por los poderes públicos o económicos, supone que las normas jurídicas respiren, se muevan y se desarrollen en el oxígeno de los principios del Derecho que, lejos de formulaciones diseñadas para atender los intereses individuales de los ciudadanos, son la representación real de la aspiración a la justicia que late, como no, en el derecho administrativo. Y, entre ellos, el principio de equidad y el de la justicia del caso concreto, que en eso consiste nada menos que la función de la jurisprudencia, ayudan sobremanera a comprender el alcance que tiene la centralidad de la dignidad de la persona para el Derecho Administrativo Global. Por una razón, porque la dignidad del ser humano poco o nada tiene que ver con los intereses de los individuos. Significa, sobre todo, que, en la construcción del Derecho Administrativo Global, y, por ello, en la actividad de la Administración pública global, la dimensión personal, la sensibilidad hacia las personas sea determinante de las políticas públicas.

Para nosotros esta cuestión adquiere plena congruencia a partir del concepto de derecho administrativo que se maneje. Si se tiene claro, que estamos en presencia de un Derecho del poder público para la libertad, entonces la dignidad del ser humano también encierra conceptos supraindividuales como el de solidaridad. Si el derecho administrativo o, la actividad administrativa se concibe como una mera aplicación mecánica y automática de una norma a la realidad, entonces es posible que no exista posibilidad de que el Derecho tenga protagonismo alguno.

Scmidt-Asmann señala, a continuación, que la apelación a la equidad puede desembocar en el peligro de que la Administración se desvincule de la ley con el consiguiente desmoronamiento del principio

de igualdad.<sup>18</sup> La equidad como apelación a la justicia del caso concreto opera en primer lugar en relación con la norma de aplicación al caso. El problema reside en que en ocasiones, como la norma no puede preverlo todo ni es una garantía de juridicidad dada la tiranía a que nos somete la dictadura del Estado de partidos, entonces es razonable que opere el Derecho, por la sencilla razón de que la actividad administrativa cada vez tiene que ser más consciente, tal y como establecen las Constituciones modernas, y es hoy principio incontestable del Derecho Administrativo Global, de que está vinculada por los principio de efectividad de los derechos fundamentales de la persona y por los principios del orden político y social, conceptos que lejos de entenderse desde los esquemas del pensamiento de confrontación, han de comprenderse, desde el principio de compatibilidad y complementariedad.

Otro problema que se presenta para expulsar a la equidad de la constelación de principios generales de aplicación al accionar administrativo tiene que ver con la idea de que la justicia del caso concreto nos dispersa de lo abstracto y nos conduce inexorable y obligatoriamente a un espacio dónde domina única y exclusivamente lo concreto. Si esto fuera así, que no lo es, resultaría que sería imposible la convivencia de lo abstracto y lo concreto, de lo general con lo particular. Pues bien, si en algo se caracteriza el Derecho Administrativo Global a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es precisamente en hacer posible que la actividad administrativa, que se realiza en virtud de normas, se pueda proyectar sobre la realidad concreta con ayuda de una serie de principios. No es que la aplicación de la equidad nos conduzca al pragmatismo y la aplicación mecánica de la norma a la abstracción. Que la aplicación de la norma a la realidad se aplique de la misma forma a todos sus destinatarios no quiere decir que no exista espacio posible para la equidad.

Los principios del derecho administrativo han de aplicarse con prudencia y con medida. Por ejemplo, Schmidt-Assmann nos alerta del peligro de que el principio de proporcionalidad se aplique de manera unilateral. En sí misma, la proporcionalidad reclama un juicio de ponderación entre los medios previstos y los fines a alcanzar. Y cuando se aplica acerca de la ponderación entre intereses públicos y

---

<sup>18</sup> E. Schmidt-Assmann, *ob. cit.*, p. 62 y ss.

particulares, tarea que tantas veces pertenece al ámbito judicial, ha de realizar una tarea de contraste jurídico que persiga el servicio objetivo al interés general.

### III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El Derecho Administrativo Global, tal y como sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, se refiere a todas las regulaciones, procedimientos y principios que ayuden a asegurar la “*accountability*”, la transparencia, la participación, la racionalidad y el control en la toma de decisiones en el espacio administrativo global<sup>19</sup>. Estos autores no son muy partidarios de articular el sistema de fuentes del Derecho en su versión tradicional y postulan, de alguna manera, un renovado *Ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *Ius intergentes* construido sobre acuerdos entre Estados. De esta manera, desde la perspectiva de las fuentes, se podrían admitir normas no necesariamente configuradas en el seno de los centros de producción normativa tradicional, resolviendo así el problema de la posibilidad de dictar normas con repercusión en el espacio jurídico global por parte de Administraciones híbridas o de determinados sujetos jurídicos privados.

La consideración del *ius gentium*, que a los profesores anglosajones citados se les antoja, sin embargo, complicada por la dificultad de admisión global de una serie de principios generales de Derecho de dimensión universal es precisamente, el punto de partida del que se parte en este estudio para construir, con las dificultades que ello supone, una teoría de los principios del Derecho Administrativo Global. Esos principios, que parten del Estado de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano, como son la base del Derecho, deben aspirar a impregnar un Derecho Administrativo Global que no puede, que no debe renunciar a las conquistas más estables y humanistas de nuestra civilización. No se trata, ni mucho menos, de forzar un choque de culturas jurídicas para afirmar con pretensión de victoria que el modelo del Estado social de Derecho constituye la matriz única del Derecho Administrativo Global. No, de lo que se trata es de partiendo de estos

---

<sup>19</sup> B. Kingsbury, *ob. cit.* p. 21 y ss.

pilares, construir un Derecho que permita que, en el espacio jurídico global, la nueva Administración global pueda realizar una actividad pública en la que a través de los controles y patrones o estándares que se determinen, puedan mejorarse permanentemente las condiciones de vida de los ciudadanos. Y, hoy por hoy, el Estado social de Derecho, no nos engañemos, es fundamento razonable para la construcción de este edificio jurídico.

De esta manera entendemos la afirmación de la cláusula del Estado de Derecho como base y fundamento del Derecho Administrativo Global. La cuestión, sin embargo, aunque es compleja requiere de unos mínimos básicos que han de ser aceptados por todos los integrantes de la Administración global. El desarrollo del Derecho Administrativo Global, que es un Derecho “*in fieri*”, en formación, nos irá ilustrando acerca de cómo es posible articular el Derecho interno de un Estado que participa en una Administración global con la norma que regula el funcionamiento de esa institución en el plano doméstico. Partiendo de unos principios básicos, será posible, a través de algunos instrumentos como el del reconocimiento de legislaciones, como el de racionalidad, transparencia, rendición de cuentas, sometimiento al control judicial, ir construyendo un Derecho que al final debiera ser el Derecho regulador de la denominada gobernanza global.

Lo que se puede reclamar –en la actualidad– de este nuevo derecho administrativo es que sea capaz, y no es poco, de juridificar el orden económico global, sometiendo a regulaciones jurídicas el complejo mundo de la actividad administrativa de orden económico que se produce en el espacio global. La panoplia de entes públicos, semipúblicos y privados que realmente están protagonizando la realidad de la normación en el espacio global, demuestra que como lo fáctico suele ir por delante de lo jurídico, es fundamental que la regulación global que va surgiendo para racionalizar el ejercicio de esos poderes globales se haga en el escenario del Estado de Derecho. A pesar de que estamos en el siglo XXI y de que deberíamos habitar en un mundo más justo y racional que en el pasado, nos enfrentamos todavía a fenomenales ejemplos de arbitrariedad y de autoritarismo en la esfera global que reclaman del derecho público soluciones jurídicas y, por ello, profundamente humanas.

La realidad nos está demostrando cómo, poco a poco, las instituciones públicas globales van formulando, sobre todo en el área de la “*accountability*” y la participación, reglas y principios propios. Se trata de una serie de casos que relatan Kingsbury, Krisch y Stewart<sup>20</sup>, y que comienza con el establecimiento por el Consejo de Seguridad de la ONU de un procedimiento administrativo limitado para el listado y exclusión de personas objeto de sanciones por parte de la ONU en el que existe la posibilidad de revisión judicial y en el que se exige la racionalidad en las decisiones.

El panel de inspección del Banco Mundial se creó para garantizar la racionalidad ambiental de los proyectos. Algunas redes intergubernamentales han ido caminando hacia una mayor transparencia en sus procedimientos, como por ejemplo el llamado Comité de Bancos Centrales de Basilea, la OCDE, la Organización mundial de sanidad animal o las cumbres de jefes de Estado y de gobierno de los países iberoamericanos. También se aprecian avances en materia de participación de ONGs en los procesos de toma de decisiones en la Comisión del Codex Alimentarius. Las ONGs también han constituido en forma más o menos cooperativa sociedades de gobernanza regulatoria con empresas. En relación con ciertos patrones laborales y medioambientales, las empresas han intentado integrar a las ONGs en lo que previamente eran estructuras auto-regulatorias en orden a mejorar la legitimidad de los estándares y de los mecanismos de certificación establecidos por esas instituciones. En todos estos casos, lo que se aprecia es trabajo presidido por el Estado de Derecho, que tantas veces se expresa a través de racionalidad, participación, cooperación y posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas.

Otro espacio en que también encontramos Derecho Administrativo Global se refiere a los casos en que las agencias intergubernamentales procuran que las normas globales se apliquen no sólo a la sustancia de las regulaciones nacionales, sino también, y, sobre todo, a los procesos de toma de decisión seguidos por los reguladores estatales cuando aplican normas globales o cuando están sujetos a sus limitaciones (Kingsbury, Krisch y Stewart). Estos requisitos otorgan, dicen estos autores, un papel especial a estos órganos reguladores nacionales como

---

<sup>20</sup> B. Kingsbury, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

aplicadores del Derecho Administrativo Global y como responsables de su cumplimiento. En este sentido, algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC obligaron a que se demostrara que a los países y a los productores extranjeros afectados en un determinado pleito habían sido otorgadas algún tipo de garantías en el proceso. También, en esta materia nos encontramos con el arbitraje internacional cuando han sido violados determinados derechos, establecidos en virtud de un Tratado de inversión. Estos Tribunales arbitrales, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, han ido poco a poco estableciendo límites procesales y sustanciales a los reguladores internos, llegan a crear una doctrina propia.

Kingsbury, Krisch y Stewart llaman la atención acerca de cómo la teoría y la práctica del buen gobierno, de las buenas prácticas y los códigos a que han dado lugar en buena parte del sector público y privado de diferentes países proceden de los criterios establecidos en el Banco Mundial para otorgar ayudas financieras a determinados países. Estas condiciones para acceder a los créditos requieren la obtención de una serie de estándares en cuestiones tan relevantes como la lucha contra la corrupción o prácticas que promueven transparencia<sup>21</sup>. La corrupción es, en tantos casos, uso del poder para fines particulares. Y la transparencia refleja el empeño de los gobiernos por ser casas de cristal ante los ciudadanos. La ética pública, por tanto, se nos presenta también como un elemento transversal del Derecho Administrativo Global en la medida en que el derecho administrativo siempre ha estado comprometido con la lucha frente a las inmunidades, oscuridades, y abusos en que puede, por acción u omisión, incurrir el poder público, sea en el marco del ejecutivo, del legislativo o del judicial.

La consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo Global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos.

---

<sup>21</sup> *Ibidem.*

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración, de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al derecho administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

El citado precepto dispone como premisa central, que *“toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”*; incluyendo además este derecho una serie de garantías fundamentales en torno a la posición de las personas frente a la actuación de la autoridad. Precisamente, una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración.

La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en nuestra opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad

en libertad, porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en su disposición al servicio objetivo a la población. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Esta dimensión del buen gobierno, de la buena administración, como obligación de la Administración global y como derechos de todos los ciudadanos se encuentra presente entre las tareas más importantes que tiene por delante la globalización del derecho administrativo tal y como razona agudamente el profesor Daniel C. Esty<sup>22</sup>. En efecto, a través de la buena administración de las instituciones de la Administración global es posible comprender mejor el alcance que tal principio proporciona como criterio fundamental para construir el derecho administrativo a nivel global a partir de la lucha contra la corrupción, tarea que como ya se ha comentado en este trabajo en más de una ocasión es el origen de la aparición como sistema científico del derecho administrativo allá por los finales del siglo XVIII.

El profesor Esty plantea en su estudio la relevancia de esta operatividad del Derecho Administrativo Global junto a lo que para él son las principales transformaciones que debe afrontar el Derecho Administrativo Global que hemos planteado también en estas líneas: la mejor regulación de la responsabilidad administrativa, la necesidad de regular de la mejor forma posible los fenómenos de informalidad y flexibilidad que se aprecian tantas veces en la manera de producir actos y normas por parte de las diferentes instituciones que componen la Administración pública global, un mejor encaje de los actores privados que realizan tareas de interés general entre la panoplia de entidades que conforman esta Administración global, una más atinada comprensión del fenómeno del gobierno y la gobernanza de instituciones públicas a nivel mundial, un recto entendimiento desde nuevos parámetros más abiertos, plurales, dinámicos y complementarios de lo que es el interés general, así como la necesidad de resolver los problemas que la política

---

<sup>22</sup> D.C. Esty, "Good governance at the supranacional scale: Globalizing Administrative Law," 115 *Yale Law Journal*, 2006, pp. 1497 y ss.



plantea en esta materia, sobre todo cuando se intenta dominar a nivel global la Administración desde determinados esquemas tecno estructurales de naturaleza política.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo Global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

Por ejemplo, el principio de participación en el orden procesal y el derecho de audiencia es hoy uno de los principios más relevantes de este emergente Derecho Administrativo Global. Puede parecer algo obvio, pero algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC ya entendido que los Estados miembros deben respetarlo. Kingsbury, Krisch Stewart nos ilustran con algunos ejemplos: el derecho de las personas a ser oídas en el código anti-doping del Comité Olímpico Internacional, la participación de las ONGs en el proceso de toma de decisiones del Codex Alimentarius, la posibilidad de participación o de audiencia en redes globales híbridas que se ocupan de la certificación sustentable en materia de silvicultura, el acceso público a la información sobre las disposiciones medioambientales de la Convención de Aarhus.

El principio de racionalidad, corolario también del derecho a la buena administración global, es un principio que ha pasado de la dimensión interna a la global. Sin embargo, en materia de regulación global todavía hay un largo camino por recorrer, aunque algunas organizaciones globales, como el Comité de Basilea o la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial poco a poco van caminando en esta dirección.

Otro principio es el de posibilitar que las decisiones de la Administración global puedan ser revisadas ante un órgano judicial independiente. La revisión es, pues, una exigencia de la buena administración. Por eso, el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de los artículos 6 y 13 de la Convención, se ha reconocido el derecho de que las decisiones de los organismos intergubernamentales puedan ser

revisadas, el órgano de apelación de la OMC igualmente lo sancionó, como el Tribunal de Arbitraje para el deporte. En este punto también nos encontramos con sombras en lo que se refiere al contenido de este derecho de revisión como nos demuestran los problemas existentes para la revisión de algunas sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en las dificultades para superar la perspectiva interna o doméstica de la revisión (ACNUR).

Cuando los derechos fundamentales de la persona adquieren a nivel global el lugar que le corresponde, entonces se comprende mejor que el Derecho Administrativo Global incorpore en su seno un repertorio de patrones o estándares sustanciales para la acción administrativa que tienen que ver con la proyección de la fuerza de estos derechos en orden al ejercicio de una mejor y más humana acción administrativa como comentan Kingsbury, Krisch, Stewart<sup>23</sup>. Desde esta perspectiva se comprende bien la importancia que tiene para el Derecho Administrativo Global la incorporación a su acervo de principios, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, que ocupa un lugar central, como se sabe, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al aplicar la convención en determinados casos. La proporcionalidad también aparece, como es lógico, en las resoluciones de algunos órganos administrativos globales como la federación Internacional de Deportes cuando ha de sancionar algunas conductas en materia, por ejemplo, de “*dopping*”.

Una materia en la que los principios del Derecho Administrativo Global pueden alterar el *status quo* es la referente a las inmunidades de que gozan los entes intergubernamentales para ser enjuiciados bajo una ley nacional. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están jugando un papel muy relevante aplicando *tests* de proporcionalidad y sopesando en la operación de balance y contraste jurídico la posibilidad de que se pueda recurrir ante el organismo intergubernamental. Así lo ha declarado el mismo Tribunal en una sentencia de 1997 al sentenciar que las reglas de inmunidad de Estado del Derecho Internacional Público no se pueden considerar como principio en cuya virtud se pueda imponer una restricción desproporcionada del derecho de acceso al Tribunal, según lo dispuesto por el

---

<sup>23</sup> B. Kingsbury, *ob. cit.*, pp. 30 y ss.

artículo 6 de la convención. Como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, esta línea de trabajo permite que el carácter absoluto de estas inmunidades tradicionales pierda tal naturaleza precisamente en atención al principio de proporcionalidad.

Es verdad, no se puede negar, que en el orden internacional existen diversos patrones que fundan diversos marcos normativos que han de convivir en el contexto del Derecho Administrativo Global. El problema, todos lo sabemos, es que estos patrones admiten diversas interpretaciones, a veces incluso claramente contradictorias, entre esos marcos normativos. Este problema, sin embargo, debe resolverse en el marco del Estado de Derecho, en el marco de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, que conforman los criterios mínimos, el solar sobre el que descansa el Derecho Administrativo Global. La interpretación que se realice sobre esta cuestión entendemos que debe ser respetuosa con el sentido capital que en el Ordenamiento global tiene la dignidad del ser humano.

La relevancia de estos patrones del orden internacional en materia de Derecho Administrativo Global ha sido puesta de relieve por los profesores anglosajones que seguimos en este epígrafe al considerar que tales criterios pueden yuxtaponerse a tres conceptos diversos y complementarios de entender el Derecho Administrativo Global, que tienen gran trascendencia desde la perspectiva de los principios: la llamada *accountability* administrativa internacional, la protección de los derechos de las personas y la promoción de la democracia. En el Derecho Administrativo Global, ya lo hemos adelantado, hay componentes de estos tres conceptos que han de comprenderse de manera complementaria. Es posible que en ciertas materias prevalezca alguno de estos elementos, pero los tres forman parte de su esencia, y los tres son los rasgos de identidad de este Ordenamiento jurídico que actualmente está todavía “*in fieri*”.

Si nos situamos en las coordenadas de la *accountability*, el tema central va a ser el del aseguramiento de la responsabilidad de los diferentes actores en juego, sean subordinados o periféricos en relación con el ente matriz, a través de la protección de la legalidad de la acción administrativa. Si nos centramos en la segunda dimensión, la más relevante desde mi punto de vista, nos encontramos con una acción administrativa global orientada a la protección de los derechos civiles

de manera que en la conformación de los correspondientes procedimientos administrativos y de revisión, se garantice la participación, presencia y capacidad de recurrir de los particulares potencialmente afectados por estas regulaciones. Finalmente, la tercera función del Derecho Administrativo Global se dirige a subrayar su misión de Derecho promotor de democracia. Es verdad que estos tres elementos aparecen configurando el Derecho nacional de muchos países del mundo, sobre todo en los que forman parte de la cultura jurídica grecorromana y anglosajona. De ahí, pues, que en la construcción del Derecho Administrativo Global haya que tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos en la búsqueda de patrones comunes que se integren en forma de *accountability* derechos, tanto de Estados como de ciudadanos, en democracia. Tarea que es francamente difícil a la vista de las diferencias que todavía existen en este punto en muchas culturas pero que debe afrontarse en la búsqueda de mayores cotas de desarrollo y protección de la dignidad del ser humano.

En la segunda dimensión de protección de los derechos, el Derecho Administrativo Global se basa en la cláusula del Estado de Derecho. Aquí lo importante es que la lesión del derecho en cuestión pueda ser recurrida por el Estado a la persona afectada por un organismo independiente. Esta modalidad de Derecho Administrativo Global opera en aquellos casos, dicen Kingsbury, Kresch y Stewart, en que la Administración global actúa directamente sobre ciudadanos. Es el caso del reconocimiento del debido proceso ante órganos globales como el Consejo de Seguridad de la ONU o en el régimen anti-doping internacional. Subrayar este enfoque, dicen estos autores, supone dar preferencia a un planteamiento liberal, al individualismo. Sin embargo, superando esta concepción ciertamente unilateral, es posible asentar la base del Derecho Administrativo Global más bien sobre una perspectiva universal de los derechos humanos. El problema vendría a partir de la interpretación de los derechos humanos, interpretación que el contenido y la letra de la declaración universal resuelve en gran medida, al menos en lo que se refiere a los mínimos que permiten un desarrollo digno del ser humano. Es verdad que en un orden plural nadie debe imponer sus puntos de vista, pero no es menos cierto que en un orden plural la dignidad del ser humano puede ser colocada como valor común, lo cual es muy importante para que ese reconocimiento de los derechos

humanos sea una realidad como principio fundante del Derecho Administrativo Global. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global como derecho que protege, valga la redundancia, derechos de los Estados, las cosas se complican todavía más en la medida en que tal perspectiva no parece encaminada a solucionar, salvo por criterios de votación, los problemas de diversidad que se presentan en un mundo global de naturaleza pluralista<sup>24</sup>.

Finalmente, y, para terminar, el Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con la democracia, presenta algunos problemas. Uno no menor es la ausencia de Tribunales de justicia independientes a nivel global. Otro reside en la diversidad de entendimientos que el sistema democrático ofrece en diversas partes del globo. Sin embargo, como ha sostenido Anne-Marie Slaughter, es posible trabajar en esta dirección si se asegura la rendición de cuentas de los funcionarios encuadrados en las diferentes redes de gobierno de la Administración global. Es, desde luego, una posibilidad que, en nuestra opinión, debe ser contemplada como un punto de partida posible para llegar a mayores cotas de legitimidad democrática.

#### **IV. DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES EXTRANJERAS**

A continuación, nos proponemos reflexionar acerca de un sector del Derecho Público Global como es el del Derecho de las Inversiones Extranjeras, un espacio jurídico dominado en el escenario de la resolución de los conflictos, por los arbitrajes internacionales.

En efecto, en estos casos se trata de resolver problemas de Derecho Público puesto que la controversia es entre un Estado y un inversor extranjero con ocasión, como es lógico, de la celebración y realización de un negocio jurídico relevante para el sector público, y protegido por un tratado internacional. El inversor busca la rentabilidad económica y financiera de su aportación y el Estado pretende que con tales operaciones crezca la economía nacional o se desarrollen aspectos estratégicos de interés general para los distintos países. Insistimos en que estamos ante negocios jurídico-públicos, principalmente y, por

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

ende, el Derecho de aplicación debe ser el Derecho del poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos, el Derecho que regula la ordenación de los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia.

Este Derecho Administrativo Global, de naturaleza principal, es el que se debe aplicar a estos conflictos teniendo muy presente el derecho administrativo interno que si es derecho público de un Estado social y democrático de Derecho tendrá como eje central y principal objetivo la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de las personas, también, claro está, de los inversores.

Sin embargo, las cosas, es obvio, no siempre fueron así. Cuando estamos en presencia de contratos entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera y se producen diferencias en su ejecución, lo lógico y natural sería que los propios Tribunales del país conocieran y resolvieran las tales disputas o controversias.

La realidad, sin embargo, enseña que, en determinados casos, normalmente cuándo existen dudas acerca de la imparcialidad de los Tribunales locales, hacen acto de presencia los Centros o Tribunales Arbitrales.

Como es sabido, en el caso de acuerdos arbitrales contenidos en los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los redactores del Convenio de Washington ya previeron la posibilidad de que cualquier Estado receptor de inversión extranjera anticipase su consentimiento para someter las disputas sobre inversión a arbitraje internacional bajo los auspicios de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de su Reglamento en los instrumentos legislativos de cualquier índole que suscribiese para la atracción y protección de inversión extranjera.

En estos casos, de acuerdo con el Convenio de Washington, artículo 42, el Derecho aplicable, en el marco de un sistema de prelación de fuentes, es el Ordenamiento del Tratado Bilateral de Inversión, las Normas Generales de Derecho Internacional aplicables y el Derecho Interno del país dónde se celebra el negocio jurídico impugnado. En este marco, el Derecho Administrativo Global, o el derecho administrativo internacional, es un elemento de primer orden a tener presente por los árbitros para resolver las disputas entre los Estados y los inversores

extranjeros acogidos al CIADI. Es decir, los principios del Derecho Administrativo Global despliegan su potencial sobre las Normas de aplicación. En algunos casos, a falta de Norma positiva internacional y en defecto del Derecho Interno, los principios serán la principal fuente de resolución de estas controversias. Principios que, en todo caso, informan dichos preceptos nacionales o supranacionales de aplicación.

Como es sabido, la doctrina Calvo, nacida al calor de un concreto y determinado ambiente político y comercial vinculado a las primeras andanzas de las naciones recién descolonizadas, se aplicó durante largo tiempo con el fin de restaurar la maltrecha, por entonces, cláusula de orden público. Tal teoría, escrita por el diplomático argentino de tal apellido durante su estancia en París, indicaba que el Derecho Interno del país donde se celebraba el negocio jurídico entre el Estado y el inversor extranjero era de aplicación a las diferencias y problemas que se pudieran suscitar entre ambos. El Derecho Local es el Derecho aplicable a los pleitos entre Estados e inversores extranjeros. Son tiempos en los que existe una determinada manera de entender la soberanía nacional y en los que todavía no se cae en cuenta sobre las implicaciones internacionales, especialmente en países con determinados regímenes políticos, de tales disputas o controversias. En virtud de la doctrina Calvo los inversores, además de asumir el Derecho Local, debían renunciar a la protección diplomática de sus Estados, algo que desde el principio se entendió que estaba destinado al fracaso. El fundamento de esta peculiar forma de entender las relaciones jurídicas entre los Estados y los inversores extranjeros se hallaba en el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros ante la Ley con el fin de blindar el principio de no intervención de los Estados extranjeros en los asuntos internos. Así, de esta forma, se contribuía, de alguna manera, a potenciar una soberanía recién alcanzada, todavía incipiente y sometida en algunos casos a los intereses comerciales de las potencias extranjeras.

En efecto, el fracaso de esta doctrina no se hizo esperar. Las personas no pueden renunciar al derecho a la protección diplomática pues disponen de él en cuanto nacionales de un Estado que tiene representación en los diferentes Estados. El individuo no puede renunciar a un derecho que le corresponde pues la protección diplomática es un deber del Estado, de manera que la doctrina Calvo empieza a ceder en beneficio de la protección diplomática, que asume

la posición de última ratio, una vez agotados todos los recursos internos<sup>25</sup>. Ante tal situación, los Estados iberoamericanos deberían encontrar nuevas fórmulas para ratificar el principio de no intervención pues este camino cedería ante la potencia de las nuevas concepciones internacionalistas.

Es entonces cuando se liga la soberanía a la no intervención de manera que la protección internacional de los derechos humanos preconizada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, antecedente de la OEA, aprobada en Bogotá en 1948 se erigió en el centro de la cuestión. Así, de esta manera, los Estados protegen las inversiones de sus nacionales garantizando su derecho por esta vía en lugar de por la protección diplomática. La necesidad del continente americano, especialmente, en el área del sur y del centro, de blindarse de intervenciones extranjeras explicó durante algún tiempo, tampoco mucho, que a través de los derechos humanos se impidiera la intervención de los Estados en las actuaciones inversoras de sus nacionales en otros países. En realidad, tampoco esta construcción dogmática, de unión entre el sistema americano de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera a través del principio de no intervención, duró demasiado tiempo. Entonces resucita la doctrina Calvo en las Constituciones, incluso en aquellas dictadas a finales del siglo pasado, en las leyes y, por supuesto, en los contratos, en los negocios jurídico-públicos entre Estados e inversores privados. Y ya en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, se hace necesario estratégicamente proteger las inversiones extranjeras por lo que se facilitan fiscalmente y se les brinda un régimen beneficioso pensando que contribuirán a la mejora de las condiciones de vida de los nacionales<sup>26</sup>.

Más adelante, sin embargo, algunas expropiaciones de la propiedad de inversores extranjeros y la presión internacional para hacer efectivo el pago de la deuda de algunos países motivó que la nueva referencia

---

<sup>25</sup> D.C. Olarte Bacaes, *El Derecho Internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos, Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo VI, Universidad Javeriana-Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 685.

<sup>26</sup> *Ibidem*



para resolver estos problemas se ubicara en el llamado Consenso de Washington, de forma y manera que a partir de ahora el Derecho local y los Tribunales locales, los de los diferentes Estados, dejarían de ser las fuentes y los enjuiciadores de las disputas entre Estados e inversores extranjeros, abriéndose el espacio para los arbitrajes internacionales como consecuencia de la liberalización de los mercados y de la privatización de numerosas empresas. Aparece por entonces el denominado Derecho Internacional de Inversiones y se procede a la firma de numerosos Tratados Bilaterales de Inversión, hoy en sobresaliente expansión y notorio crecimiento como lo atestigua la realidad misma<sup>27</sup>, en los que se instaura la vía arbitral como la fórmula ordinaria para dirimir estos conflictos.

Los problemas que presentaba la protección diplomática como instrumento para resolver estas controversias eran muchos y de distinta naturaleza. Por una parte, los Derechos Locales ordinariamente no regulaban los derechos concretos de los inversores extranjeros en el país. Por otra, la petición de la protección diplomática, tras agotar los recursos internos, dependía de factores muchas veces extrajurídicos y, finalmente, lo que es un pleito entre un Estado y un inversor extranjero se trasladaba a una controversia entre Estados por este camino<sup>28</sup>.

Surge, entonces el arbitraje internacional, y se crea el CIADI en 1955 para resolver las disputas internacionales), la Convención de New York de 1958, así como los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre los que se encuentran los Tratados Bilaterales de Inversión y los más recientes Tratados de Libre Comercio, en los que se instaura el arbitraje como fórmula ordinaria para la resolución de las controversias. La razón del nacimiento de estas iniciativas no es otra que la búsqueda de un sistema eficaz de defensa de la propiedad y la protección de las inversiones frente a las intervenciones públicas que lesionen los derechos de los inversores extranjeros.

---

<sup>27</sup> D.C. Olarte..., p. 686.

<sup>28</sup> *Ibidem*

Es verdad que los Estados que se lanzaron a fomentar y proteger estas inversiones eran Estados con economías frágiles y en desarrollo que pensaron que la solución a todos sus males era el crecimiento económico y la mejor ruta para alcanzarlo la protección de la llegada de dinero extranjero a actividades económicas estratégicas.

Sin embargo, la imposición constitucional de la doctrina Calvo se comienza a ceder, a ser reinterpretar y a flexibilizarse, con el objeto de ofrecer garantías a los derechos de los inversores extranjeros para ampliar su atracción, a los fines de proveer al crecimiento económico y consiguiente mejora de las condiciones de vida de los nacionales.

Efectivamente, los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y la aceptación de un sistema de solución de controversias al margen de las jurisdicciones nacionales favorecieron la entrada de inversores extranjeros que reclamaron, y reclaman, una posición jurídica privilegiada.

Ahora la protección de los derechos humanos se usa para la defensa del derecho de propiedad de los inversores extranjeros. Sin embargo, tal protección hasta podría colisionar, si fuera el caso, con otros derechos humanos, por ejemplo, de trabajadores nacionales que sean sometidos a condiciones laborales indignas por la empresa del inversor extranjero o por sociedades levantadas con capital extranjero.

Conformar esta materia, el Derecho de las Inversiones Internacionales, como un Derecho especial, con reglas propias y con enjuiciadores al margen del Derecho del país, se antoja un privilegio de difícil explicación salvo que, obviamente, no existan al interior de los Estados, Tribunales independientes e imparciales. Entonces sí que es razonable acudir a foros de resolución de disputas que garanticen unos mínimos de autonomía y objetividad, algo que tampoco es patrimonio exclusivo, ni mucho menos, de los Centros Arbitrales.

El Derecho de Inversiones Extranjeras debe convivir entre jurisdicciones clásicas y arbitraje cuándo se den las circunstancias para ello. Es decir, si se dan las condiciones para que los pleitos sean enjuiciados por Tribunales nacionales o supranacionales, ningún problema debería existir para que en ese espacio se resuelvan. Pero si tales condiciones afectaran a la objetividad, a la especialidad, a la imparcialidad o a la independencia de los juzgadores, entonces parecería

razonable que se encargaran de solventar estas disputas los centros arbitrales compuestos por profesionales de reconocida competencia en el sector.

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) incluyen normas y reglas dirigidas a que el Estado nacional garantice a través de su ordenamiento jurídico la protección de las inversiones. Así, de esta manera, estos Acuerdos suelen incorporar cláusulas en las que se dispensa al inversor extranjero trato nacional, de trato de nación más favorecida, de trato justo y equitativo, de indemnización justa en caso de expropiación y, también, de protección y seguridad integrales.

En estos casos, cuándo los Estados, que obviamente desean atraer inversiones extranjeras para poner en marcha programas estratégicos para el desarrollo del país, asumen este tipo de cláusulas, de alguna manera se están limitando en el ejercicio de sus poderes públicos. La clave estará, como es lógico, que la proporción y la adecuación de tales medidas de orden normativo con los principios, valores y opciones constitucionales.

En materia de expropiación o de intervención en las empresas con capital extranjero, los temas más delicados, es menester tener presente que, si el Derecho del país no garantiza los principios básicos del Estado de Derecho, el sometimiento al arbitraje internacional no es sólo una opción, es una necesidad. En todo caso, en estos supuestos, el análisis jurídico de las razones de interés general que pueden aconsejar estas operaciones ablatorias son de difícil enjuiciamiento, salvo que se esté en verdaderas condiciones de realizar un contraste jurídico acerca de la existencia o no de motivos reales y adecuados de interés general.

Por tanto, en estas materias nos deslizarnos en el proceloso mundo de la soberanía de los Estados, en especial a una de sus principales potestades como es la facultad de dictar normas. ¿Hasta qué punto un Estado puede autolimitar su soberanía para proteger con determinada intensidad las inversiones extranjeras? ¿En qué medida es legítimo que se puedan lesionar principios básicos del Estado de Derecho para amparar determinadas condiciones que afectan a actividades realizadas con capital extranjero?

Son preguntas complejas que desde la óptica de la protección integral e internacional de los derechos humanos tienen fácil respuesta y que, en todo caso, si los inversores respetasen siempre las reglas del Estado de Derecho y los Estados actuasen solamente cuándo es estrictamente imprescindible, habilitados siempre por exigentes y motivadas razones de interés general, no habría mayores problemas. Sin embargo, la realidad acredita que no siempre es así y que unos y otros en ocasiones interpretan su posición jurídica en clave de privilegio o prerrogativa, y de ahí los contenciosos, disputas y controversias.

Con frecuencia los países en vías de desarrollo, también los países subdesarrollados, encomiendan la administración y gestión de sus principales recursos naturales, ante la inexistencia de empresas nacionales especializadas, a la inversión extranjera. Entonces los Estados que así actúan deben adecuar su régimen jurídico al Derecho Internacional de Inversiones en el bien entendido de que tales normas sean congruentes con el Estado de Derecho pues de otra manera se estaría lesionando el Derecho Público Global, que se funda precisamente en estos principios.

El principal dilema que nos muestra la conciliación entre el Derecho Global de Inversiones y el Derecho Local es la complementariedad que debe haber entre estos Ordenamientos, entre el interés general que debe presumirse del derecho Interno y el Derecho Global de Inversiones, que las protege y garantiza. Si la dignidad del ser humano es el centro y la raíz del Estado, si es un principio también jurídico que se yergue y levanta omnipotente y todopoderosa ante los embates del poder, cualquiera que sea su naturaleza, entonces el alcance y magnitud de las obligaciones del Estado y del inversor extranjero deben ser coherentes con su relevancia y calibre jurídico.

Sin embargo, como es sabido, el Derecho Internacional de Inversiones nació y se desarrolló con la única pretensión de la protección, mejor cuanto mayor, de las inversiones extranjeras en los diferentes Estados. Por eso, tal objetivo ha chocado y sigue chocando en no pocas oportunidades con las potestades normativas de los Estados que están presididas por el interés general, provocando numerosos conflictos y disputas que se someten a los Tribunales o Centros Arbitrales estatuidos en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

De todas maneras, desde la perspectiva del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, metodología desde la que se pueden estudiar las categorías y conceptos del Derecho, también del Derecho Público, hay que buscar que los Tribunales locales cada vez sean más independientes e imparciales y que las normas que disciplinan el Derecho Global de Inversiones sean más sensibles a los derechos humanos más allá del derecho de propiedad.

Esta tendencia, lógica y coherente con el denominado Derecho Público Global, ha ido poco a poco influyendo en el Derecho Internacional de Inversiones hasta llevar a algunos APPRI a incluir cláusulas de orden público en su seno. Cláusulas de interés general que recuerdan de alguna manera las determinaciones que han ido incrustándose en los pliegos de los contratos que se redactan desde la perspectiva de la sostenibilidad y la sensibilidad social.

En efecto, los APPRI han empezado a referirse al orden público, a la salud pública, a la protección del medio ambiente, al derecho a la vida, a los derechos laborales o al derecho al debido proceso, e incluso, hasta a la corrupción, bien en el marco de los considerandos de estos instrumentos, bien en su articulado, bien como excepciones derogatorias de las normas de protección de las Inversiones.

Los escenarios que ofrece la realidad en este espinoso y delicado asunto son dos fundamentalmente. En primer término, que las circunstancias en que se encuentra el par interés general e inversión extranjera se inclinen a favor de la inversión o bien que finalmente sea preferente el interés general en detrimento de la inversión.

Los argumentos que esgrimen los inversores en sus pleitos con los Estados con ocasión de determinados negocios jurídico-públicos se centran en la defensa de su posición a partir de una interpretación del Derecho Global de Inversiones centrada en los derechos humanos, pero del inversor. Se trata de una peculiar forma de entender la protección internacional de los derechos humanos. Los árbitros han atendido en numerosas ocasiones estas pretensiones fundándolas en la protección de los derechos humanos a partir de la protección del derecho a la propiedad de los inversores extranjeros.

Ciertamente, el derecho a la propiedad, también de los extranjeros en un Estado, es un derecho humano. Así está reconocido en los Instrumentos Internacionales. Sin embargo, en estos pleitos, frente a la posible vulneración del derecho de propiedad existen, con más o menos intensidad, consideraciones de interés general que suelen referirse también a derechos humanos, pero a derechos humanos de los nacionales al medio ambiente, a un trabajo en dignas condiciones, al derecho a la protección social, el derecho a la vida, a la protección de las tradiciones y bienes tribales...Y el Tribunal Arbitral, con el Derecho de aplicación en el marco de los principios del Derecho Público Global, debe resolver cada caso con una motivación suficiente.

Además de la preferencia del derecho de propiedad, con frecuencia los inversores suelen fundar sus pretensiones, en otro derecho humano como es el derecho al debido proceso, de gran raigambre en América. Un derecho que, en efecto, se refiere a la prohibición de denegación de justicia, el derecho a un proceso que termine con una sentencia motivada en plazo razonable, el derecho a ser juzgado por jueces y tribunales imparciales. En otras ocasiones, las controversias proceden de la lesión del derecho a la igualdad como es el trato diferenciado en relación con los nacionales o en relación con la obligación de los Estados nacionales de garantizar los derechos de las poblaciones originarias en el momento de interpretar el concepto de trato justo y equitativo. También encontramos apelaciones al derecho a la integridad física y moral pues los APPRI protegen la seguridad y la protección plena de las inversiones.

En fin, al juzgador, Tribunal tradicional o Tribunal arbitral, compete un riguroso examen jurídico en el que ha de contrastar las exigencias del interés general y la lesión de los derechos del inversor extranjero. Para esa tarea es fundamental que sea quien el encargado de dirimir las disputas sea imparcial y disponga de los conocimientos de Derecho Público Global para comprender lo que es y significa el interés general en cada caso y la intensidad de la protección de los derechos de los inversores extranjeros.

Los derechos humanos, pues, se pueden utilizar a favor de la posición del inversor, pero también, como hemos señalado, a favor de Estado en cuestión. También pueden ser esgrimidos para basar la defensa de personas distintas de los inversores. Algo que, lamentable-

mente, no ha sido suficientemente explorado por los árbitros en estos casos<sup>29</sup>, que no admiten la doctrina de los derechos humanos más allá del derecho de propiedad y los derechos que puedan beneficiar a los inversores. Se parte de la base, indubitada y dogmática, de que la inversión en sí misma es fuente de bondad y parabienes, garantía del crecimiento económico, del desarrollo y de la prosperidad. Algo que, como sabemos, es posible siempre que al amparo de dichas inversiones se defiendan, protejan y promuevan los derechos fundamentales de todos, inversores y nacionales, empresarios y trabajadores.

El problema reside en que los árbitros no suelen fundar sus laudos en los derechos humanos de personas distintas de los inversores. Más bien son los Estados y los *Amicus Curiae* quienes argumentan en este sentido, todavía sin demasiada fortuna pues el llamado Derecho de las Inversiones Extranjeras, especialmente, en su aplicación práctica por los Tribunales Arbitrales se orienta exclusivamente a la protección de las inversiones. Sin embargo, como sabemos, la realidad acredita, quizás con demasiada frecuencia que, en el marco de estas operaciones financieras, tantas veces en forma de contratos públicos, se lesionan determinados estándares o patrones de índole ambiental o social que contravienen cuando menos normas y principios de Derecho Global.

En general, los inversores argumentan sobre la base de la protección del derecho a la propiedad privada y en ocasiones a partir del derecho al debido proceso frente a la denegación de justicia y a la existencia de un juez imparcial.

En efecto, el ejercicio de las denominadas prerrogativas de poder público que limitan o restringen la posición jurídica de los inversores extranjeros han dado lugar a un sinnúmero de pleitos en los que se falla a favor del inversor<sup>30</sup>. Sin embargo, es relevante certificar que en algunos casos donde se ventilan asuntos relativos a recursos naturales, afortunadamente, se comienza a tener presente el interés general y se

---

<sup>29</sup> G. Von Harten, “El boom de las reclamaciones paralelas en arbitrajes de Tribunales de inversión”, *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una política del desarrollo sostenible*, N° 1, Volumen 5, febrero de 2014, p. 7.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

resuelve con arreglo al Derecho Interno<sup>31</sup>. Más allá de la doctrina Calvo, en estos supuestos lisa y llanamente se atiende a la indisoluble correlación que existe entre el interés general y los derechos fundamentales.

Se observa que, en los escenarios de arbitrajes internacionales, la vulneración de derechos humanos no se encuentra entre los argumentos válidos para impugnar un APPRI. Tal situación, sin embargo, es inaceptable porque por mucho que los APPRI protejan las inversiones en un país no pueden amparar, de ninguna forma, lesiones de derechos fundamentales de las personas pues conforman el núcleo básico, indeleble, de lo que es el interés general en un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, los APPRI pueden, es lógico, buscar el mejor trato regulatorio posible para las inversiones pues contribuyen a la prosperidad y al crecimiento económico de los países. Ahora bien, tales cláusulas en ningún caso pueden dar lugar a lesiones o contravenciones de los más elementales elementos estructurales del Estado de Derecho entre los que se encuentran la protección, defensa y promoción de los derechos humanos.

Este es, por tanto, un límite infranqueable del Derecho Internacional de Inversiones que en cada caso deberá explicitarse convenientemente, así como justificar las decisiones arbitrales. Tal cuestión no es más que la consecuencia de la existencia de un Derecho Público Global compuesto de normas y principios a los que debe ordenarse el Derecho nacional o supranacional, sea del orden o materia que sea.

La dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que la acompañan, conforman el interés general más relevante de los Estados, y el Derecho, también el mercantil, nacional o global, debe realizar su tarea de regulación en sintonía con estos principios. Por tanto, el derecho a la salud, a dignas condiciones de trabajo, los derechos de los pueblos indígenas, la lucha contra la corrupción, el derecho a la vida o, por ejemplo, la prohibición de la discriminación, son valores y objetivos que también vinculan al Derecho Internacional de las Inversiones, sin que

---

<sup>31</sup> D.C. Olarte..., p. 689.



las eventuales cesiones normativas que puedan asumir los Estados en los APPRI puedan renunciar a estos principios<sup>32</sup>.

Pues bien, poco a poco, estos derechos fundamentales, individuales y sociales, se van abriendo paso en la doctrina de los arbitrajes internacionales, que empiezan a pronunciarse a favor de reconocer derechos humanos más allá de la persona jurídica del inversor internacional<sup>33</sup>.

Esta afortunada tendencia es fruto de la relevancia de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de Derechos humanos y de la recepción al máximo rango normativo de los Tratados de Derechos Humanos en los Ordenamientos jurídicos correspondientes. Ahora en los Tratados Bilaterales de Inversión y de Libre Comercio, sus preámbulos especialmente hacen referencia, junto a la necesidad de promocionar el desarrollo económico de estos países aparecen menciones a la protección de la salud, a la seguridad, a la prevalencia del medio ambiente o al respeto a los derechos sociales. En realidad, estas referencias, que iluminan y presiden la interpretación que se realice de estos Instrumentos Supranacionales, son la consecuencia de entender el sentido que hoy tiene el interés general en el contexto del Estado social y democrático de Derecho.

Aunque sea por la vía de la excepción al régimen general de protección del inversor, han ido entrando en estos APPRI estas referencias, de forma y manera que, si se consolida esta perspectiva, el reconocimiento de los derechos humanos en todos los sentidos vinculará los arbitrajes internacionales. El problema reside en la interpretación que se haga del régimen excepcional. Por eso, si existiera un Corpus de Derecho Público Global al que también los árbitros se sometieran, el sistema del arbitraje internacional de inversiones en materia de negocios jurídico-públicos podrá cambiar en no poco tiempo.

Una concesión para construir una carretera, para levantar un colegio o un hospital, tienen obviamente consideraciones de interés general, que no pueden comprenderse únicamente desde el primado de la autonomía de la voluntad, pues están en juego muchos elementos que afectan a

---

<sup>32</sup> D.C. Olarte..., p. 690.

<sup>33</sup> D.C. Olarte..., p. 691.

aspectos tan relevantes para el interés general como son, además del crecimiento económico, la promoción, defensa y protección de los derechos fundamentales de las personas. Por eso, los árbitros, conocedores del Derecho Público Global, e inspirados en sus normas y principios, disponen de los medios adecuados para resolver las disputas y controversias que se susciten en estas materias de forma armoniosa y equilibrada.

Los años transcurridos desde 1965, año de creación del sistema CIADI, ponen de relieve que, en efecto, se han producido importantes modulaciones que afectan al régimen de trabajo, introduciéndose en 2005 la publicación de los laudos, antes imposible, el acceso al proceso a terceros intervinientes o la audiencia pública de sus actuaciones, y luego, en 2022, un ajuste considerable en su reglamentación interna.

En Iberoamérica, por ejemplo, el hecho de que Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela no reconozcan el sistema CIADI, invita a que los arbitrajes en esta materia, lejos de conformar blindajes jurídicos para los inversores, se abran a los principios del Derecho Administrativo Global. Así, de esta manera, la crítica vertida desde estos países como la inaceptable sumisión de la soberanía normativa a los intereses financieros internacionales o la necesidad de aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por encima de consideraciones eficientistas, puede coadyuvar a que estos arbitrajes ayuden a mejorar la independencia e imparcialidad de los Tribunales de Justicia.

## **REFLEXIONES FINALES**

El Derecho Administrativo Global es un Derecho “*in fieri*”, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia pues se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en nuestra opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales

más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático<sup>34</sup>. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva.

Es verdad que la realidad nos enseña que en los últimos tiempos existen órganos intergubernamentales y estructuras público-privadas, a veces incluso privadas, que realizan tareas de relevancia jurídica en el llamado espacio jurídico global, especialmente en la vertiente administrativa. Este dato ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de estudiar, no sólo las formas de composición de la Administración global, sino los actos y las normas que se producen.

Las diversas maneras de comprender el Derecho plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo Global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco Poderes públicos a nivel global claramente establecidos. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quienes escriben deben partir de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del derecho administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general del derecho Administrativo requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del derecho administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas.

---

<sup>34</sup> Vid. recientemente B. Kingsbury - R.B. Stewart, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, 2016.

Agustín Gordillo nos recuerda en un estudio de este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del Ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del derecho administrativo, denominamos, Derecho Administrativo Global<sup>35</sup>. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas, se nos presenta, como advierte el profesor argentino como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del Estado de Derecho al funcionamiento de la actividad económica y financiera. Probablemente, si en este tiempo de convulsiones que vivimos la racionalidad económica hubiera prevalecido, muchos de los desaguisados que han acontecido no hubieran sido posibles. Porque la regulación habría funcionado, porque los reguladores no se habrían dejado capturar por el mercado. En una palabra, porque los principios del Derecho Administrativo Global habrían podido detener una escalada de descontrol sin precedentes. Sin embargo, lo que prevaleció fue la irracionalidad en que consiste el mercado sin control, sin límites, sin regulación. Mutatis mutandis, tal reflexión debe proyectarse sobre ese Derecho Administrativo Global que precisamos que rija los negocios jurídico-públicos entre Estados e inversores privados, aunque estén sometidos a Tribunales arbitrales. La clave no está en los sujetos que resuelven sino en la existencia de normas y principios claros que garanticen en todo momento que el interés general esté presente en tales disputas o contravenciones.

En materia de inversiones extranjeras, el arbitraje ha hecho acto de presencia de forma creciente. En estos casos, estamos en presencia de negocios jurídico-públicos entre Estados y particulares extranjeros que deben estar regidos por el Derecho Administrativo Global. Muy especialmente por los principios sobre los que descansa esta moderna expresión del derecho administrativo.

---

<sup>35</sup> Vid. A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2013, p. 12.

En fin, a través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pensamos que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo Global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional que legitime los excesos y los abusos de una tecnoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. Hoy, con un Derecho Administrativo Global emergente, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, es menester contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo Global, como Derecho que es y por ello producto cultural, exprese un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el Orden jurídico administrativo global.

Madrid, 2023



## PRIMERA PARTE

### EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL (1999)

**Publicado en el libro: Allan R Brewer-Carías (editor)  
*Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de  
la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos,  
Nº 13, Caracas 1999, pp. 169-204.**

Tal como se deriva del tema, asignado para nuestra exposición, esta la desarrollamos en cuatro partes: En *primer lugar*, nos referiremos a la noción de Contratos de Interés Nacional; en *segundo lugar*, haremos referencia al tema de la Inmunidad Jurisdiccional del Estado; en *tercer lugar*, trataremos el tema del Arbitraje en los Contratos de Interés Público y en *cuarto lugar*, se hará una breve referencia a un aspecto adjetivo, que en la Ley de Arbitraje está establecido en relación al tema de los Contratos de Interés Público.

#### I. CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL

Esta es una expresión constitucional -como todos bien sabemos- que encontramos en el Artículo 126 de la Constitución y de cuya interpretación se han generado polémicas que se han extendido durante 20 o 30 años.

La norma consagrada en la Constitución, que está contenida en el artículo 126 de este texto, es adjetiva, y establece la necesaria intervención del Congreso para la aprobación de Contratos de Interés

Nacional, salvo para aquellos contratos que –dice el artículo–: “...*fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley.*”

Esta norma ha sido objeto de todo tipo de interpretaciones, ¿qué es un Contrato de Interés Nacional?; ¿qué lo distingue?; ¿qué lo distingue de un Contrato Administrativo?; ¿estamos hablando o no de lo mismo?, ¿cuáles son las excepciones?

Básicamente sobre esto ha versado la discusión respecto a la interpretación de la norma en cuestión, es decir, sobre la aprobación por el Congreso de este tipo de contratos, porque la norma está establecida en una forma muy general que deja a salvo sólo a los contratos celebrados para asegurar el normal desarrollo de la administración pública, o los que permita la Ley, es decir que este tipo de contratos no estarían sometidos a la aprobación previa del Congreso para su celebración. Sin embargo, la expresión de contratos “*necesarios para el normal desarrollo de la administración pública*”, es una típica expresión que configura los llamados por la doctrina “conceptos jurídicos indeterminados”, que alguien tiene que determinarlos. De allí que surjan ciertas interrogantes, como la siguiente: ¿Qué es lo que es normal para el desarrollo de la administración pública?; pero esto no está establecido en ninguna parte, no hay ninguna ley que diga: “Los siguientes contratos se entienden normales para el desarrollo de la administración pública y, por tanto, no están sometidos a la aprobación del Congreso”.

Es por ello que solamente la última parte de este artículo ha sido objeto de aplicación y la interpretación que se le ha dado es que no están sometidos a la aprobación del Congreso aquéllos contratos cuya celebración permita la Ley, es decir, los que permita la Ley de manera tal que no es necesario ni se prevea el requisito de la aprobación por el Congreso; y a través de esta figura, es que se considera que, en general, los Contratos de Interés Público, regulados en leyes nacionales, no están sometidos a la aprobación del Congreso porque la Ley que los regula no prevé expresamente la aprobación por éste.

Es así como la excepción se ha convertido en la regla interpretativa porque si no, simplemente, no habría forma en que la Administración Pública podría funcionar.



Sobre el concepto de Contratos de Interés Nacional, en sí mismo, ha habido todo tipo de interpretaciones. Algunos autores han señalado que, los Contratos de Interés Nacional, son aquéllos que tienen una magnitud económica y una importancia en relación a la realización de actividades del Estado, de magnitud e importancia significativa; cosa que no tiene ningún basamento, porque tendría que haber una ley que diga que Contratos de Interés Nacional, son aquéllos de un monto tal, o de tal importancia; y esto no existe, de tal manera que es imposible, constitucionalmente hablando, adoptar esa definición de Contrato de Interés Nacional. Otros autores han dicho que, son Contratos de Interés Nacional aquéllos que pueden dar origen a reclamaciones extranjeras, porque están vinculados al concepto constitucional; lo cual tampoco tiene ninguna base jurídica en el Derecho Interno porque se trata de una definición de Derecho Interno y no en relación a cuestiones internacionales.

De tal forma que, el primer debate, es establecer qué son Contratos de Interés Nacional.

Hace años llegué a la conclusión, que es de las típicas conclusiones en Derecho, que sólo mediante una interpretación lógica elemental se puede llegar a una definición de estos Contratos de Interés Nacional. Por tanto, en el Ordenamiento venezolano, Contrato de Interés Nacional es, ni más ni menos, el Contrato de Interés Público que concierne a la rama nacional del Poder Público; y esto sale de la propia interpretación de los artículos 126 y 127 de la Constitución.

Al acudir al artículo 127 del Texto Fundamental, el cual consagra, además, la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción, dice así:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

Este artículo se refiere a los contratos de Interés Público, y si vamos al artículo 126, en la primera parte, dice:

“Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional...”

se refiere al Congreso Nacional, a la aprobación de contratos de Interés Nacional, que conciernen a la rama nacional; y si vamos a la segunda parte del Artículo 126, dice:

“Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal y municipal, con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos, sin la aprobación del Congreso”.

Con lo cual, lo elemental es que hay un concepto genérico que es “contrato de Interés Público”, que es todo contrato celebrado por algún ente estatal venezolano, y en virtud de ello, esos Contratos de Interés Público pueden ser de tres especies, según la distribución vertical del Poder, que, de acuerdo a la Constitución venezolana, las ramas del Poder Público no son Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino: Nacional, Estatal y Municipal; esas son las ramas del Poder Público, de acuerdo a la distribución vertical del poder, en la historia, tradición y actualidad constitucional, por lo cual un Contrato de Interés Público puede ser de Interés Público Nacional, Estatal y Municipal y eso es lo que define el artículo 126 de la Constitución.

De manera que el Contrato de Interés Nacional, es el que interesa al nivel del Poder Público Nacional, en contraposición a los poderes públicos estatales y municipales; los tres son contratos de interés público, pero hay un contrato de interés público nacional, estatal y municipal, como lo dice expresamente el texto mismo del artículo 126 en su segundo aparte. De manera que no son contratos de interés nacional, los celebrados por los estados y los municipios o por las personas jurídicas estatales o municipales de Derecho Público o Derecho Privado; sólo son Contratos de Interés Nacional los que se celebran por alguna entidad pública nacional de Derecho Público o Privado.

En realidad, el tema del Arbitraje se aplica para todos los contratos estatales, todos los contratos que celebren entes estatales y éstos pueden ser, a su vez, nacionales, estatales y municipales, por lo tanto, en realidad estamos hablando del Arbitraje y los Contratos de Interés Público que pueden ser Nacionales, Estadales y Municipales.

## II. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Con respecto a los contratos de interés público, que ya vimos que pueden ser nacionales, estatales y municipales, a todos ellos se aplica la norma contenida en el artículo 127 de la Constitución, que establece la cláusula de Inmunidad Jurisdiccional, y esto se deriva del propio texto de la norma que comienza diciendo: “*En los Contratos de Interés Público...*”, por tanto, dicha cláusula que está también en los contratos de interés público nacional, estatal y municipal, en tanto no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aún cuando no estuviere establecido expresamente, según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltos amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República en conformidad con las leyes nacionales, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Dicha cláusula, además de estar en el artículo 127 de la Constitución como principio, la encontramos repetida en algunas normas de rango legal, como el Decreto-Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales del año 1994, y también en el Decreto N° 1821 mediante el cual se dictan las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de Obras que el Ministerio o el Ejecutivo Nacional, originadas en el antiguo Ministerio de Obras Públicas, ha venido dictando desde hace varios años.

Por otra parte, esa cláusula del artículo 127 de la Constitución, es de las denominadas “cláusulas obligatorias” en los contratos de Interés Público; y hay que resaltar que aquí se está hablando es de contratos de Interés Público, de acuerdo a la terminología constitucional, y no de contrato administrativo, terminología en la cual conceptualmente no creo y así lo he expresado y escrito desde hace mucho tiempo, y que se trata de un concepto que tiene su origen simplemente en una norma adjetiva de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que le atribuye competencia a la Corte para conocer de las controversias sobre contratos administrativos, lo que ha obligado a que por vía jurisprudencial y a los solos efectos de delimitación de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos se haya tenido que recurrir

a una noción de contrato administrativo como contrapuesta a otros contratos que son los llamados contratos de Derecho Privado de la Administración que no estarían bajo la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, pero que por supuesto, pasa por todos los criterios interpretativos internacionales de la prerrogativa de las cláusulas exorbitantes que han dado origen a una amplísima jurisprudencia, particularmente en Francia, donde sí existen dos jurisdicciones para el conocimiento de estas materias, según la naturaleza de los contratos sea administrativa o no.

Este no es el caso en nuestro país, donde más bien la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo al artículo 206 de la Constitución, se ha configurado como un fuero de la Administración, de sus actos, de sus actividades, inclusive de sus contratos, tengan o no una preponderancia de régimen de Derecho Público, que es lo que en definitiva caracteriza a los Contratos Administrativos.

Al hablar en términos generales de los Contratos de Interés Público, habrá que incluir, en la terminología de la Corte, a los Contratos Administrativos, porque son contratos en los cuales hay o una cláusula exorbitante, un servicio público o una obra pública de por medio.

Nos referimos al tema, por tanto, en términos generales “Contratos de Interés Público”, sean o no administrativos en la terminología de la jurisprudencia de la Corte. De acuerdo a la cláusula del artículo 127, todos los aspectos relativos a la interpretación, aplicación o ejecución de esos Contratos de Interés Público, como principio, deben estar sometidos a la ley nacional y todas las controversias sobre los mismos deben ser del conocimiento de los tribunales nacionales, a eso tiende la cláusula de la Inmunidad Jurisdiccional, de acuerdo al artículo 127, salvo que eso no fuese procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, es decir, que de acuerdo con la naturaleza de los mismos fuere improcedente la Inmunidad de Jurisdicción y pudiesen estar esos contratos o sometidos a arbitraje, es decir, no a los tribunales regulares de la República sino a un régimen legal distinto al de las leyes de la República, que puede ser el derecho aplicable según se establezca en una cláusula de arbitraje.

Este tema de la Inmunidad de Jurisdicción ha sido también muy discutido en nuestro país, el artículo 127 tiene su origen histórico y ha sido una norma que ha sufrido una evolución desde la cláusula absoluta

de inmunidad, que existía hace unas décadas, hasta la cláusula de inmunidad relativa o el principio de la inmunidad relativa de la jurisdicción del Estado, derivado de la naturaleza comercial de la actividad objeto de esos contratos, es decir, “*de acuerdo con la naturaleza de los mismos*”, según dice el texto del artículo 127.

La evolución en esta materia ha llevado a que la excepción a la Inmunidad de Jurisdicción se refiere a todos aquellos contratos que tengan carácter comercial, con las definiciones relativamente amplias que se han venido estableciendo en el Derecho Internacional, particularmente en el campo del Derecho Internacional Privado, y que están en algunas convenciones y leyes de otros países.

La *Convención Europea de Inmunidad de los Estados* del año 72, excluye la cláusula de Inmunidad de Jurisdicción para los contratos del trabajo o laborales; a aquéllos que regulen participaciones en empresas comerciales, actividades industriales y financieras; los procedimientos en materia de patentes, marcas, es decir, en general, de propiedad industrial, propiedad, sucesiones y donaciones.

La *Ley de Inmunidad de Soberanía de los Estados Unidos* del 76, también se refiere en general a las actividades comerciales como motivo de esta Inmunidad relativa a actividades de regulares de conducta comercial, transacciones entre particulares, con particulares con carácter comercial; siendo lo que determine el carácter comercial la naturaleza de las conductas de las transacciones establecidas.

En el mismo sentido tenemos a la *Ley de Inmunidad del Estado del Reino Unido* del 78, que tiende hacia el tema de la naturaleza comercial de las transacciones, donde se incluyen el suministro de bienes y servicios, los contratos de préstamo, las transacciones relativas al financiamiento de países, garantías o indemnizaciones relativas a los préstamos o financiamientos, etc.

Cualquier transacción o actividad de carácter comercial, industrial, financiero y profesional en que el Estado entra en relación con otros sin que quede comprometida su soberanía, tiende a determinar la naturaleza comercial de la actividad.

En el *Proyecto de la Convención Interamericana* del año 83, sobre el mismo tema de la inmunidad, nos encontramos disposiciones

similares a las de las convenciones anteriormente mencionadas. Dicha convención se refiere también a las actividades mercantiles o comerciales realizadas por un determinado Estado o transacciones o actos comerciales como parte del desarrollo ordinario del comercio, incluyendo contratos laborales o del trabajo, etc. Esta Convención todavía sigue siendo Proyecto.

Hasta ahí, básicamente, llega la evolución conceptual en materia de inmunidad de jurisdicción, la cual está determinada por una variable constante que es, la presencia de los mismos principios en todos estos ámbitos, antes mencionados.

De todo lo cual se puede sacar como conclusión, de acuerdo al Artículo 127 de la Constitución, que los Contratos de Interés Público que tengan naturaleza comercial o en los cuales haya cláusulas relativas a cuestiones netamente comerciales, dentro de una definición de este tipo, no se aplica la cláusula de inmunidad, es decir, no se considera incorporada la cláusula de Inmunidad de Jurisdicción que exige la resolución de los conflictos por los tribunales y el sometimiento ineludible de las partes contratantes a éstos y a las leyes nacionales.

En esta categoría de contratos de naturaleza comercial, definidos en esta forma amplia, están por supuesto, los contratos de empréstito y los de obligaciones financieras, que también han sido discutidos en nuestro país desde hace algunos años.

### **III. EL RECURSO AL ARBITRAMIENTO EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO**

No se trata de una materia nueva ni deriva de la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial. Al contrario, ha habido una larga evolución conceptual doctrinal en nuestro país que podemos remontar al año '59. Después de la Revolución Democrática del '58 la Procuraduría General de la República emitió un dictamen muy restrictivo, donde señalaba que el Arbitraje en los Contratos de Interés Público sólo se admitía respecto a las discrepancias sobre cuestiones técnicas y excluía el arbitramento en otros campos.

Al año siguiente, el profesor Moles Caubet, en 1960, en un trabajo sobre el “Arbitramento en los Contratos Administrativos”, admitía la

cláusula arbitral con forma general, en todos los Contratos de Interés Público. En el año '64 consideré que no era admisible la cláusula arbitral en los contratos administrativos, porque no existía en el ordenamiento jurídico, en ese momento, ninguna norma que autorizara la inclusión de este tipo de cláusula, y partiendo del principio de que en Derecho Público la competencia tiene que ser expresa, debía haber algún tipo de regulación al respecto. Nosotros nunca hemos tenido una ley de contratos del Estado, como existe en España o en Colombia, con gran desarrollo, no hay aquí ninguna norma general que regule el tema, salvo las cláusulas de Condiciones Generales de Contratación en materias de contratos de obras públicas.

Sin embargo, conocido es que yo mismo he cambiado mi criterio después de la sanción del Código de Procedimiento Civil en 1986, que se aplica a los entes públicos y que de acuerdo a su artículo 608 se señala que todas las controversias pueden someterse al arbitraje, estableciéndose las excepciones con claridad, es decir, que no pueden someterse al arbitraje, las *“cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges”*; lo cual no concierne, por supuesto, al Estado ni a los entes públicos ni a los contratos de interés público.

Pero, agrega este artículo, que tampoco puede haber arbitraje *“sobre los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción”*; respecto a esto, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, analicé el tema del recurso del arbitramento en los contratos de interés público vinculado al tema de la transacción. De manera que, en los contratos de interés público la única limitación que se aplica, derivada del Código Civil, en la cual no se admite el arbitramento es en el caso de los asuntos donde no cabe la transacción; y el tema, que seguramente ha sido analizado, concierne al Derecho Público en forma muy específica.

La misma restricción la tiene la Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 3º, el cual establece que

“Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”.

Por lo cual, si una controversia no es susceptible de transacción, no puede ser sometida a arbitraje y, además, debe surgir entre personas

capaces de transigir, según dice la propia Ley de Arbitraje Comercial, o sea que, el mismo principio de interpretación que habíamos aplicado respecto al Código de Procedimiento Civil se aplicará también en esta nueva Ley.

Ahora bien, de acuerdo al Código Civil (art. 1713), una transacción es un contrato mediante el cual hay, en su parte central, recíprocas concesiones, por lo cual es necesario que las partes renuncien a determinadas pretensiones en forma recíproca para poder llegar al contrato de transacción, por eso para transigir se necesita –como lo dice el Código Civil en el artículo 1714 y la Ley de Arbitraje Comercial en el ya citado artículo 3º– tener capacidad para transigir, es decir, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con lo cual, las cosas, derechos o pretensiones que no sean disponibles y sobre las cuales no haya capacidad de disponer, no pueden ser objeto de transacción ni de arbitraje, de manera que, esto nos trae una serie de límites en el campo del Derecho Público.

La transacción, básicamente, y, por tanto, el arbitraje en el campo del Derecho Público no puede implicar renunciaciones ni relajamientos de normas en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Estamos recurriendo aquí al artículo 6 del Código Civil, pero también la Ley de Arbitraje Comercial consagra el mismo principio con respecto a cuestiones que sean contrarias al orden público.

En el campo del Derecho Público, la cuestión de orden público se plantea fundamentalmente en el tema de la competencia. La competencia de los entes públicos es siempre de orden público y así lo han determinado todas las doctrinas y todas las jurisprudencias al punto de que puede ser planteada por el juez, hasta de oficio, en cualquier estado y grado de la causa. Por tanto, no puede nunca una transacción versar sobre competencias de los órganos del Estado, competencias que, en general, son de ejercicio obligatorio, de manera que, en el campo de las llamadas “competencias regladas” no habría posibilidad de transar ni habría posibilidad de arbitraje.

En materia de la competencia tributaria, por ejemplo, no podría haber una transacción, de manera que un órgano público no puede en ninguna forma convenir en no fiscalizar, liquidar o cobrar un impuesto



mediante una transacción, ya que podría afectar las llamadas competencias discrecionales, mediante las cuales se da cierta libertad al ente público de tomar una decisión en algunos aspectos, pero en este caso específico no podría haber una transacción porque allí la competencia es, necesariamente, de ejercicio obligatorio. Por eso la Ley de Arbitraje Comercial, ha seguido esta misma orientación que señala como exceptuadas de la posibilidad de arbitramento, las controversias que directamente conciernan a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público (Artículo 3º, letra b). Se trata de una expresión muy rebuscada, propia, quizás, de los comercialistas que redactaron esta Ley. Esta expresión parece ser una reminiscencia de la vieja distinción de actos de autoridad y gestión que es válida en el campo del Derecho Internacional Privado, pero en el campo del Derecho Interno hubiese sido más fácil referirla a la competencia, que es la terminología propia del campo del derecho público, es decir, referirla a las competencias de los entes públicos que no pueden ser objeto de arbitraje.

En este sentido, hay una norma que se refiere al tema de la posibilidad de admisión de la cláusula arbitral, y ya hemos señalado que se admite en aquellos contratos en los que, por su naturaleza, no se exija la inmunidad de jurisdicción, se trata de aquéllos que tengan naturaleza comercial dentro de toda la tradición y terminología, naturaleza comercial donde es posible establecer la transacción y el arbitraje.

El Decreto-Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, que es el llamado Decreto Ley N° 138 del año 94, establece, en esta materia, una norma específica. Empieza por decir el artículo 10:

“El concesionario estará sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República”.

Es decir, es una formulación positiva de la misma cláusula del Artículo 127 de la Constitución: el sometimiento al ordenamiento venezolano y a los tribunales nacionales por parte del concesionario y el ente concedente, pero luego agrega el mismo artículo:

“El Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes.”

Es decir, el Decreto Ley que regula las concesiones de obras públicas y servicios públicos permite el arbitraje en los contratos de concesión respecto a las controversias sobre interpretación y ejecución del contrato de concesión lo que implica la posibilidad de excluir del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia este tipo de asuntos, porque éste sería un típico contrato administrativo, los contratos de concesión de obras públicas o servicios públicos son, por definición, contratos administrativos. El establecimiento de una cláusula arbitral en este tipo de contratos implicaría que la Corte no tendría la competencia para conocer de estos contratos y remiten, en general, respecto a la competencia para el procedimiento aplicable a lo que determinen las partes, es decir, a lo que contenga el contrato de concesión pura y simplemente.

Se ha dicho que el contrato de concesión de obras públicas o servicios públicos, es un contrato administrativo, es decir, es un contrato de interés público cuya naturaleza, en global, no es comercial, es la presentación de un servicio público, o la realización de una obra pública, y por tanto ahí no cabe el arbitraje comercial lo que cabe es el arbitraje que está en la Ley de Concesiones y que se rige por lo que se haya estipulado en el contrato de concesión o por lo que al respecto contempla el Código de Procedimiento Civil, pero no se aplica la Ley de Arbitraje Comercial. No estoy tan seguro de esta apreciación, creo que la excepción a la cláusula de inmunidad del 127, no sólo se refiere a que el contrato, en un todo, sea de naturaleza comercial, sino que, puede tratarse de un contrato de interés público donde una controversia sobre un aspecto concreto de la ejecución del contrato sea de carácter netamente comercial lo que es cada vez más evidente en el campo de las concesiones de servicios públicos. En estas, por supuesto puede haber cuestiones relativas al ejercicio de potestades públicas del ente regulador del servicio público o de alguna otra cuestión que comprometa competencias públicas y que por tanto no puedan ser materia de arbitraje; pero hay aspectos de la ejecución del contrato de neto carácter

comercial, en el cual pienso que sí se podría incluirse una cláusula arbitral. Ya lo autoriza el Decreto de Ley de Concesiones de Obras Públicas, aunque no por eso, en mi criterio, se excluye la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial.

De manera que, en materia de contratos de interés público, tenemos el principio de que si no son de carácter comercial rige el Artículo 127 de la Constitución, y rige también el principio de la cláusula de inmunidad de jurisdicción

Sin embargo, se ha admitido en una sentencia reciente de 06-11-97, dictada en el caso VAN DAM, con motivo de una cláusula arbitral en un contrato de suministro de cuestiones militares, o de obras públicas entre el Ministerio de la Defensa y la empresa VAN DAM, lo siguiente:

“Sin que ello implique un pronunciamiento sobre la validez de un “arbitraje de derecho” en contratos de interés público, materia que escapa a los límites de esta controversia –pues lo que se solicita es el cumplimiento de una cláusula arbitral que estatuye “árbitros arbitradores”– es lo cierto que, en criterio de la Sala, nada obsta a la procedencia de este tipo de arbitraje en contratos como el examinado (nota: contrato de obras de prestaciones mixtas entre una empresa privada y el Ministerio de la Defensa), siempre –eso sí– que el mecanismo arbitral escogido se encuentre al mero establecimiento de los hechos derivados de la ejecución del contrato, sin que puedan extenderse los árbitros arbitradores a atribuir a esos hechos, fijados por esa vía, consecuencias jurídicas, “según les parezca (a los árbitros) más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad”, como pauta el Código de Procedimiento Civil para este tipo de arbitraje.”

Es decir, que es posible, en los contratos de interés público –según la Corte– aún cuando no se aplique la inmunidad de jurisdicción en global, sin embargo, es posible recurrir a una cláusula de árbitros arbitradores para la determinación única y exclusivamente de hechos y no para la resolución del asunto desde el punto de vista jurídico.

Luego agrega la sentencia,

“En efecto, conduce a esa conclusión, primero, el texto del artículo 127 de la Constitución al disponer que las controversias sobre contratos de interés público nacional deben resolverse por los tribunales competentes de la República “en conformidad con sus leyes”, ...”

Por supuesto, salvo que por su naturaleza no tenga que ser así, aunque la sentencia se queda allí.

“... lo que excluye, de plano, toda posibilidad de dirimir estos conflictos prescindiendo de la normativa aplicable para acudir al interés de las partes y equidad.”

Se deduce de esta sentencia, que en un contrato de interés público que no tenga carácter comercial, y por tanto no se le aplica la inmunidad relativa, y que se deben someterse a los tribunales venezolanos y a la ley venezolana, sin embargo, en este tipo de contratos se admitiría una cláusula arbitral de árbitros arbitradores para la consideración de cuestiones de hecho, nada más.

Ahora, si el contrato tiene naturaleza comercial o hay cláusulas de naturaleza comercial en el contrato, es posible, la cláusula arbitral de derecho y la cláusula de árbitros arbitradores; no hay en esto ninguna limitación. A esto remite –incluso– el mismo Decreto Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos, al establecer, en el artículo 10 ya antes mencionado, que en el contrato se podrá establecer el régimen del tribunal arbitral e inclusive el derecho aplicable. Esto es en mi criterio, el estado de la cuestión con motivo de esta última decisión de la Corte.

#### **IV. REQUISITOS ADJETIVOS DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

Un último comentario merece el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, que establece un requisito adjetivo para el Arbitraje Comercial, en el caso de empresas del Estado.

No se determina ningún requisito si el contratante es la República, un Estado o un Municipio. En estos casos no hay ningún requisito adicional. El requisito adjetivo del artículo 4 se refiere a empresas del Estado de primera y segunda generación, aunque empresas del Estado en sentido global, es decir, empresas del Estado en el ámbito nacional,

en el ámbito estatal y en el ámbito municipal. En cualquiera de esos niveles, cuando una de las partes sea una sociedad donde la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, estatales, nacionales y municipales tengan participación del 50% o cualquiera de éstos tenga participación en segundo grado en alguna empresa, el acuerdo arbitral requerirá para su validez de la aprobación del órgano estatutario competente de la sociedad, la asamblea o la junta directiva o quien sea, de acuerdo a los estatutos de la sociedad o de la empresa del Estado, y la autorización por escrito del Ministro de Tutela; por supuesto, esto sólo se refiere a las empresas del Estado nacionales, no hay respecto a las empresas del Estado, estatales o municipales, ningún Ministro de Tutela, con lo cual el requisito de la autorización previa por un Ministro de Tutela sólo se refiere a las empresas del Estado nacionales.

En cuanto a las empresas del Estado estatales y municipales, a ellas se aplicaría sólo la aprobación previa por el órgano estatutario. Y luego, la exigencia de que ese acuerdo debe especificar el tipo de arbitraje o institucional o independiente y el número de árbitros, que no debe ser menos de 3. Hay aquí una utilización indiscriminada de los términos: *autorización* y *aprobación*. La autorización es un requisito en el Derecho Público siempre previo a la realización de un acto; en el campo del Derecho Civil lo mismo. La aprobación es posterior, con lo cual, si es una empresa del Estado tendría que tener la autorización previa del Ministro de Tutela y la aprobación posterior del órgano estatutario; es lo que deriva del sentido propio de las palabras tal como han sido utilizados en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial.

De manera que esto es por lo que al Derecho Público y a la aproximación que pueda hacerse desde el campo del Derecho Público, en mi criterio, podemos comentar seguramente con limitaciones, porque es posible que haya otros aspectos que no he tratado sobre este tema de los Contratos de Interés Público y el Arbitraje, tanto en el Código de Procedimiento, en la Ley que regula las concesiones como en la nueva Ley de Arbitrajes Comerciales. Muchas gracias.



## SEGUNDA PARTE

### LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON MOTIVO DE LA DECLARATORIA CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE LA LLAMADA APERTURA PETROLERA EN 1995

Esta Parte la he redactado con base a lo expuesto, primero, en el escrito de contestación a la demanda de nulidad del Acuerdo del Congreso de 1994 que autorizó los contratos de asociación de la llamada Apertura Petrolera, que en conjunto con el profesor Román J. Duque Corredor presentamos ante la Corte Suprema de Justicia en el juicio respectivo, en representación de PDVSA; y segundo, en lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de agosto de 1999 declarando sin lugar la demanda de nulidad que había sido intentada.

Los textos completos de nuestros alegatos y de la sentencia de la Corte pueden consultarse en el *Apéndice* sobre “Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999,” en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de una Destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desna-*

*cionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera (Con un APÉNDICE con los documentos del Caso del Juicio de nulidad de la autorización parlamentaria para los contratos de la “Apertura Petrolera” (1996-1999)), Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, N° 3, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp. 334 ss.*

## I. LAS BASES JURÍDICAS PARA LA APERTURA PETROLERA

En la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975 (*Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-1995), mediante la cual se nacionalizó la industria y el comercio de los hidrocarburos, lo que implicó que si bien como principio, se estableció que el Estado ejercería dichas actividades “directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad,” en el mismo artículo 5 donde eso se dispuso, se agregó la posibilidad de que “en casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada.”

Para la celebración de tales convenios de asociación se dispuso que se requería de “la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta. dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.” (G.O. N° 1769 Extraordinario de 29 de agosto 1975).

Esta norma permitió la denominada *apertura petrolera*, es decir, la posibilidad de que el Estado asociase al capital privado en la industria y comercio de los hidrocarburos.

Fue, sin embargo, casi 20 años después, en 1994, cuando el Ejecutivo Nacional presentó al Congreso para su autorización previa, conforme a lo regulado en dicho artículo 5° de la Ley Orgánica, un Proyecto de Marco de Condiciones a los fines de la celebración de



“Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de nuevas áreas y la producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas”.

El Ejecutivo Nacional consideró que tales Convenios de Asociación con el Capital privado permitirían la exploración y, en consecuencia, el posible descubrimiento de nuevas reservas de hidrocarburos, especialmente de crudos livianos y medianos, particularmente tomando en cuenta que en los 10 años subsiguientes se presentarían oportunidades de mercado que exigirían un aumento de la capacidad de producción de nuestro país para atender la cuota que nos corresponde en el incremento de la demanda petrolera mundial.

En tal sentido, el Ejecutivo Nacional consideró que los nuevos Convenios de Asociación contribuirían a la consolidación y al crecimiento de la industria petrolera nacional, sin menoscabo de la soberanía estatal sobre tan fundamental recurso energético; partiendo del supuesto que el petróleo había sido y continuaría siendo pilar fundamental y motor del crecimiento y del desarrollo económico del país, para lo cual se hacía necesario seguir consolidando el sector petrolero tanto público como privado para el impulso y fortalecimiento de la economía nacional.

Estudiado el Proyecto por la Comisión Bicameral de Energía y Minas, la cual realizó un detenido análisis del marco de condiciones que se habían propuesto para los Convenios de Asociación, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, las Cámaras Legislativas Nacionales reunidas en sesión conjunta el 4-07-1995, autorizaron tanto el Marco de Condiciones como los textos de los convenios de asociación, mediante un Acuerdo (*Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-1995) estableciéndose en la Cláusula Décima Séptima del artículo 2° del Acuerdo, el arbitraje como modo de solución de controversias en la forma siguiente:

“El modo de resolver controversias en materias que no sean competencia del Comité de Control y que no puedan dirimirse por acuerdo entre las partes, será el arbitraje, el cual se realizará según las reglas de procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio, vigentes al momento de la firma del Convenio.”

Dicho acuerdo del Congreso fue impugnado por un grupo de ciudadanos mediante demanda de nulidad por inconstitucionalidad de fecha 14 de diciembre de 1995, y específicamente la anterior Cláusula sobre arbitraje en los contratos públicos, fue considerada por los recurrentes como contrario a la disposición del artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), pues los Convenios de Asociación cuyas condiciones de celebración fijaba el Acuerdo, eran contratos de evidente interés público cuyas controversias, a juicio de los recurrentes “no pueden dirimirse con arreglo a normas de procedimiento distintas a las que establece la Ley Venezolana.”

## II. LA DEFENSA DE LA CLAUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE LA APERTURA PETROLERA

En el documento de contestación a dicha demanda de nulidad que formulamos conjuntamente con el profesor Román J. Duque Corredor en representación de Petróleos de Venezuela S.A PDVSA, expresamos lo siguiente:

“En cuanto a la denuncia formulada por los recurrentes debe señalarse, ante todo, que evidentemente los Convenios de Asociación autorizados en el Acuerdo de Congreso de 04-07-95, son contratos de interés público nacional conforme al artículo 127 de la Constitución, a los cuales, sin embargo, por su naturaleza industrial y comercial, se les aplica la excepción contenida en la misma norma respecto al principio de la inmunidad jurisdiccional; razón por la cual mal podría alegarse violación de dicha norma. En efecto, en la Cláusula Décima Séptima si bien se deja claramente sentado el mandato de que “el Convenio *se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Venezuela*”, en cuanto a la resolución de *algunas* controversias que deriven del mismo (con exclusión de las materias que sean competencia del Comité de Control), precisamente de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, que es una Ley de la República de Venezuela, se la somete a arbitraje que se realizará según las reglas de procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio, vigentes al momento de la firma del Convenio. Esta previsión de la Cláusula Décima Séptima del artículo 2° del Acuerdo está, en un todo, conforme con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución, por lo que no lo contradice en forma alguna.

En efecto, la cláusula expresada en el artículo 127 de la Constitución, tiene por objeto, *primero* estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos de interés público debe someterse a la Ley Venezolana, y *segundo*, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales venezolanos; todo ello, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza del contrato de interés público. Este principio, que se deriva de esta cláusula, encuentra también su fundamento en el principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y de sus instrumentalidades.

El texto del artículo 127 de la Constitución, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional que antes tenía, y encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa de jurisdicción”. En efecto esa norma prescribe que esa cláusula debe estar presente en todos los contratos de interés público (nacional, estatal o municipal) “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”. Esto conecta la materia de contratos de interés público, con un tema clásico de derecho internacional, que muestra la evolución que la cláusula ha tenido en el derecho contemporáneo, desde una inmunidad absoluta a la inmunidad relativa de jurisdicción.

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1893, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta. El artículo 149 de ese texto dispuso que:

“...En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que “las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República...”

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, preveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato se estableciera la cláusula, lo que difiere del sistema actual conforme al cual, en virtud de la Constitución, se entiende incorporada la cláusula a los contratos. En aquel texto sólo se decía que en esos contratos debía incorporarse la cláusula, por lo que la misma tenía neto carácter contractual.

En la Constitución de 1947 cambiaron estos dos elementos: se abandonó el sistema de inmunidad absoluta, sustituyéndose por uno de inmunidad relativa, porque la cláusula se consideraba incorporada en los contratos “si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos”; y además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aún cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución, ella está incorporada. Este es el esquema que se sigue en el texto de la Constitución actual, que, sin embargo, no se siguió en la Constitución de 1953 (vigente hasta 1961), en la cual se volvió al principio de la inmunidad absoluta, pero estableciéndose que la cláusula se consideraba incorporada a los contratos de interés público.

Esta cláusula, tiene una evidente vinculación con el Derecho Internacional, y hoy puede decirse que refleja la situación universalmente aceptada y adoptada en todo el mundo, del principio de la relatividad de la inmunidad de soberanía o de inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Por supuesto, ello no implica que también haya unanimidad absoluta en la doctrina en relación a determinar cuándo la *naturaleza* de un contrato implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Sobre el particular puede decirse que no hay criterios universalmente aceptados, aún cuando todavía se recurra a la distinción tradicional abandonada en el campo del derecho administrativo, entre los actos de autoridad (*jure imperii*) y los actos de gestión (*jure gestionis*) para la interpretación de los casos en los cuales debe haber inmunidad de jurisdicción. La misma doctrina del Fisco, elaborada también durante el siglo pasado, incluso, tuvo sus repercusiones en el Derecho Internacional en este tema de la inmunidad jurisdiccional.

En todo caso, puede decirse que esas distinciones tradicionales, en el momento actual no tienen valor como tal, porque todo acto del Estado siempre tiene una finalidad pública y no puede decirse que haya actos que el Estado cumple como un particular pura y simplemente, ya que el Estado nunca deja de ser Estado en sus actuaciones.

Sin embargo, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, con todas sus consecuencias, condicionó la elaboración de un documento, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, cuya incidencia en los contratos del Estado fue muy importante en América

Latina. Se trata del *Código Bustamante*, es decir, la Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928, que suscribieron casi todos los países de América Latina y, de la cual es parte Venezuela. En esa Convención, puede decirse, se comenzó en el ámbito internacional de América Latina, a abandonar el principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados.

En efecto, en ese texto se admitió, como principio, que había inmunidad absoluta, pero salvo el caso de que un Estado hubiera admitido una sumisión expresa a la ley extranjera, en cuyo caso habría un consentimiento expreso a someterse a la jurisdicción de Tribunales extranjeros.

En tal sentido, el artículo 333 del Código establece lo siguiente:

“Art. 333.- Los jueces y Tribunales de cada Estado serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus Jefes, si se ejercita una acción personal, salvo el caso de sumisión expresa o de demandas reconventionales”.

Pero, además en el *Código Bustamante*, y de allí la importancia de este documento en el derecho internacional, también se estableció el principio de que, a pesar de la inmunidad establecida, ciertas acciones podían dar origen a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, particularmente las acciones reales vinculadas a la propiedad inmueble y los juicios universales. Sin embargo, para regular esta materia, en 1928, el Código siguió el parámetro de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

En efecto, los artículos 334 y 335 del Código establecían lo siguiente:

“Artículo 334.- En el mismo caso y con la propia excepción, serán incompetentes cuando se ejerciten acciones reales, si el Estado contratante o su Jefe han actuado en el asunto como tales y en su carácter público.

Artículo 335.- Si el Estado contratante o su Jefe han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código.”

Conforme a estas normas, por tanto, si se trata de acciones reales, en asuntos en los cuales el Estado actúa como Poder Público, dictando actos de autoridad, se mantiene el principio la inmunidad absoluta; en cambio, si lo que está envuelto en el asunto, es un acto de gestión en el cual el Estado actúa como particular o persona privada, entonces, puede estar sometido a la jurisdicción de otro Estado.

Es claro, sin embargo, que actualmente esta distinción no puede seguirse sosteniendo, como no se sostiene ya en el Derecho Internacional, sobre todo en virtud de la expansión económica de los Estados, pues ha sido justamente en las últimas décadas que los Estados han venido desarrollando un intenso proceso de intervención en la economía. En este campo de la actuación económica del Estado, ello no puede implicar que en las mismas, los Estados dejen de ser tales Estados soberanos, a pesar de que cumplan actividades comerciales o industriales en cualquier nivel. El tema, se ha discutido en el campo del derecho internacional, llegándose, incluso, a afirmaciones mucho más definidas que las que a veces encontramos en el derecho administrativo interno. Por ejemplo, Ian Sinclair afirma que “es una sobre-simplificación pretender que todas las actividades del Estado en el campo económico –como el manejo estatal de una industria, las compras o ventas del Estado– son necesariamente de naturaleza de “derecho privado” y que cumpliéndolas el Estado actúa como persona privada” (Ian Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Development”, *Recueil des Cours 1980*, Academie International de Droit Comparé, Vol. II, La Haya, 1981, p. 209); y M. Chetien ha sostenido que “El Estado no adopta acto alguno, ni interviene en cualquier relación jurídica, sin que ello esté motivado, directa o indirectamente, por la necesidad de mantener su alta misión gubernamental... si uno va al fondo de las cosas, el Estado no se puede presentar jamás como una persona privada” (*Idem*, p. 209).

Por tanto, el hecho de que el Estado realice actividades comerciales o industriales no implica que deja de estar sometido al derecho público y que actúe enteramente regido por el derecho privado.

En consecuencia, abandonada la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, o entre Estado Poder Público, y Estado persona, en el derecho internacional, para evaluar las cláusulas de inmunidad de jurisdicción, la discusión se centra en *la naturaleza de la actividad* del Estado más que en su finalidad, que siempre es pública; y la tendencia

es a admitir la excepción al principio de la inmunidad basadas en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito internacional, lo que ha provocado la admisión del principio de la inmunidad relativa de jurisdicción.

En esta orientación, varios instrumentos jurídicos internacionales han sido adoptados en los últimos años. El primero de ellos es la *Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados* del año 1972, en la cual se señalaron los casos en los cuales los Estados no podían invocar la inmunidad de jurisdicción, los cuales son: cuando se trate de contratos de trabajos o laborales que deben ser ejecutados en el Estado del foro; cuando un Estado tenga oficinas o agencias que realicen actividades industriales, comerciales o financieras, de la misma manera que personas privadas; los procedimientos relativos a patentes, marcas de fábricas y todo lo vinculado al derecho industrial; y las acciones relativas a propiedades inmuebles y sobre sucesiones y donaciones (arts. 5 a 10).

Esta Convención Europea fue seguida, en cuanto al abandono progresivo de la inmunidad absoluta, por una ley muy importante, que fue la *Ley de Inmunidad de Soberanía de los Estados Unidos* de 1976 (*US Foreign Sovereign Immunity Act 1976*), particularmente por tratarse de un Estado en el cual ha habido, históricamente, muchos conflictos y búsqueda de excepciones al sometimiento de los Estados extranjeros a las leyes americanas. En esa Ley se estableció, como principio que, bajo el ámbito del derecho internacional, los Estados no son inmunes en materia de jurisdicción en relación a sus actividades comerciales (art. 1602), las cuales se definen en el mismo estatuto, como las actividades regulares de conducta comercial, o las transacciones particulares de tal carácter comercial. En este texto, además, se precisa que “El carácter comercial de una actividad debe determinarse en relación a la naturaleza de la conducta, la transacción particular o el acto, antes que en referencia a su objetivo o finalidad” (art. 1603,d).

El mismo principio se adoptó en la *Ley de Inmunidad del Estado*, del Reino Unido, de 1978 (*UK State Immunity Act 1978*), la cual fue también muy importante, porque Inglaterra había sostenido siempre el principio de la inmunidad absoluta. Fue a partir de 1978 cuando se abandonó el principio e, incluso, se definieron los casos a los cuales no se podía alegar la inmunidad jurisdiccional, basado en el principio de

la naturaleza comercial de la transacción, tales como: suministros de bienes o servicios; préstamos y transacciones que tienen relación con el financiamiento a los países o garantías o indemnizaciones relativas a estos préstamos y financiamiento, así como cualquier otra transacción o actividad, sea comercial, industrial, financiera, profesional o de carácter similar, en las cuales un Estado entra en relación con otro, sin que quede comprometido realmente el ejercicio de su autoridad soberana (Sección 3).

Esta misma orientación la sigue el *Prospecto de Convención Interamericana de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*, aprobado en 1983 por el Comité Jurídico Interamericano, en el cual se plantea también la excepción a la inmunidad jurisdiccional en el caso de actividades mercantiles y comerciales, en los siguientes términos: “la realización de una determinada transacción o acto comercial o mercantil como parte del desarrollo ordinario de su comercio”, agregándose también, los asuntos laborales y contratos de trabajo.

El tema ha tenido y tiene gran importancia en Venezuela, porque toca un principio constitucional que es el contenido en esta cláusula obligatoria; obligatoriedad que está, sin embargo, sujeta a la excepción basada en la naturaleza del contrato, en cuyo caso no se aplica el principio de la inmunidad. En todo caso, planteada la discusión en torno al tema de la naturaleza del contrato, no se pueden dar fórmulas universales. Por ello, a la conclusión que se ha llegado, después de interpretaciones contradictorias, es que el criterio debe basarse en la naturaleza práctica del negocio que está en juego, lo cual tuvo particular aplicación a principios de los años ochenta, con motivo de los contratos de empréstitos públicos y obligaciones financieras que asumía el Estado en territorio de Estado Extranjeros.

Por supuesto, en materia de empréstitos públicos el tema de la inmunidad jurisdiccional se ha planteado desde siempre, y ha habido toda una discusión, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional, sobre la naturaleza de los contratos de empréstitos. En todo caso, si se utiliza la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión (*jure imperii jure gestione*) nadie podía afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad, y no sea un contrato del Estado sometido al derecho público; más público, en cualquier sentido, que un contrato de empréstitos, no habría. Por ello, la solución al problema no se basa en considerar si el Estado suscribe el contrato



haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos administrativos, sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el Juez que pueda estar llamado a conocer de un problema judicial en relación a ellos, lo que debe conocer en realidad son cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstitos no contienen la cláusula de inmunidad de jurisdicción y por tanto, están sometidos en su ejecución que se produce además fuera del país, a las leyes y a Tribunales donde se realiza la operación. Este, además, es el principio aceptado en todos los países en el momento actual.

Por último, debe decirse que este principio constitucional se repite en relación a otros contratos en leyes diversas. Por ejemplo, dicha norma se encontraba expresa en la Ley sobre Concesiones de Obras en caso de Obras Viales y de Transporte del año 1983 (art. 10), y, así mismo, la misma exigencia de la cláusula con la misma excepción de la naturaleza del contrato, está en el Decreto 1.821 de 30-8-91 (G.O. N° 34.797 de 12-9-91), que estableció las Condiciones Generales de Contratación en los contratos de obras públicas.

En cuanto a los Convenios de Asociación autorizados en el Acuerdo de 04-07-95, a celebrarse entre una de las empresas de la industria petrolera nacionalizada y una empresa privada, indudablemente que en los mismos, dada la naturaleza industrial y comercial de las actividades envueltas en ellos –que no cambian por el hecho de originarse en la explotación de hidrocarburos, lo que ha sido reservado al Estado por ley–, la inclusión de la mencionada cláusula de inmunidad de jurisdicción no es obligatoria, razón por la cual incluso podría haberse incluido una cláusula que estableciera la excepción tanto en cuanto a que la interpretación, aplicación y ejecución del contrato debía someterse a la Ley Venezolana (quedando exceptuadas siempre la aplicación obligatoria de las normas de orden público), como en cuanto a que las controversias y dudas que de ellos surjan, debían también someterse a conocimiento de los Tribunales de la República.

Ahora bien, esta posición de principio, en cuanto a la excepción respecto de la cláusula de inmunidad de jurisdicción y que existe respecto de contratos de interés público de naturaleza comercial o industrial, puede verse modificada y así ha ocurrido con el Acuerdo, por exigencias expresas de las Cámaras Legislativas, como también ha

sucedido con la Ley sobre Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales y de Transporte en Régimen de Concesión de 1983 (G.O. N° 3.247 Extraordinaria de 26-8-83) que estableció que “La concesionaria estará sometida al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República, cualesquiera sea el origen de sus capitales y el de sus accionistas” (art. 10).

En el mismo sentido, en el sector hidrocarburos, y en cuanto a los contratos para la constitución de empresas mixtas, el artículo 3° (Parágrafo Segundo, literal d), numeral 9) de la Ley de Hidrocarburos, estableció que en dichos contratos se debía insertar la cláusula de inmunidad de jurisdicción, con el siguiente contenido:

“Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de este convenio y que no puedan ser resueltas amigablemente, serán decididas por los Tribunales de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan ser motivo de reclamaciones extranjeras”.

En igual sentido, en la Cláusula Décima Séptima del artículo del Acuerdo se ha establecido que:

“El convenio se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Venezuela”

Ahora bien, establecida la posibilidad constitucional de la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción, en relación a los Convenios de Asociación cuyas condiciones se han fijado en el Acuerdo dictado conforme al artículo 126 de la Constitución y al artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, es indudable que el Acuerdo podía constitucionalmente, como lo hizo, prever que para la solución de determinadas controversias las partes debían recurrir a la figura del arbitramento para su resolución, conforme a lo establecido en el artículo 2° y 608 del Código de Procedimiento Civil.

Esto exige, en todo caso, analizar la posibilidad misma del recurso al arbitramento en los contratos de interés público nacional, sus limitaciones y el ámbito del mismo.

En efecto, puede señalarse que en todos aquellos supuestos de contratos de interés público en los cuales, por su naturaleza, no sea obligatoria la inclusión de la cláusula de inmunidad jurisdiccional,

podría plantearse que es posible que se puedan comprometer las controversias a la decisión de árbitros conforme se establece en el Código de Procedimiento Civil.

Debe señalarse, sin embargo, que el problema de la posibilidad misma de que las controversias derivadas de contratos de interés público puedan ser resueltos por vía de arbitramento, ha sido largamente debatido en la doctrina, y las soluciones del Derecho Comparado son diferentes. Por tanto, no puede considerarse que hay unanimidad al respecto. Lamentablemente la jurisprudencia administrativa en Venezuela no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia y validez de cláusulas compromisorias en los contratos de interés público. Sin embargo, valiosas opiniones doctrinales se han dado al respecto.

La Procuraduría General de la República, en 1959, sostuvo el criterio de la improcedencia de la Cláusula arbitral en los contratos de interés público, con razón, pues la Constitución vigente para ese momento, que era la Constitución de 1953, en su artículo 49 establecía el principio de la inmunidad de jurisdicción del Estado consagrado en términos absolutos, y no relativos como se establece en la Constitución vigente. La Procuraduría, en todo caso, hacía una distinción respecto de las cuestiones que podían comprometerse, admitiendo el arbitramento solo sobre cuestiones técnicas, pero no de derecho (Véase *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso*, 1959, Caracas 1960, p. 660). Es decir, según la Procuraduría, antes de 1961, era necesario, al hablar del recurso al arbitramento, distinguir claramente qué cuestiones podían someterse válidamente al mismo. Respecto a las cuestiones técnicas, las discrepancias que podían presentarse entre las partes podían ser resueltas por Tribunales arbitrales. Sin embargo, respecto a las cuestiones sobre interpretación y ejecución del contrato, éstas no podían ser sometidas válidamente a arbitramento (Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República* 1967, Caracas 1969, pp. 13 y 15). La Contraloría General de la República, al contrario, ha estimado que no procede en los contratos administrativos la cláusula de arbitraje, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución. (Véase *Dictámenes de la Consultoría Jurídica*, Tomo III 1938-1968, Caracas 1968, p. 3; y Tomo IV, 1969-1976, Caracas 1976, pp. 20-4-232 y 251. Véase asimismo Luis Brito García, *Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público*. Separata, Contraloría General de la República, pp. 124 y ss.).

Pero incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1953, el profesor Antonio Moles Caubet, en 1960, señaló “que no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado”; para concluir, después de hacer un minucioso examen del problema en el derecho comparado y de la pluralidad de normas que constituyen el ordenamiento jurídico venezolano relacionadas con la materia, que “la Administración tiene poderes para incluir, sea en un pliego de condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria que abre entonces el procedimiento de arbitraje” (A. Moles Caubet, “El arbitraje y la contratación administrativa”, *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, N° 20, Caracas 1960, pp. 9 y ss.).

En todo caso, las soluciones en el derecho comparado no son uniformes, y si bien en 1964, en relación al sistema venezolano, Allan R. Brewer-Carías se inclinaba por no aceptar el recurso al arbitramento en la contratación administrativa, dada la inexistencia de normas expresas que lo autorizara (Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 219); dicho criterio, luego de la reforma del Código de Procedimiento Civil lo cambió dicho autor, 28 años después, aceptando la figura del arbitramento en los contratos de interés público (Véase *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, p. 262 y ss.).

En efecto, en la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico, con el principio de inmunidad de jurisdicción establecido en forma relativa en la Constitución, y luego de sancionado el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1986, puede admitirse que en los casos en que no sea obligatoria la cláusula de inmunidad jurisdiccional, en los contratos de interés público *es admisible recurrir al arbitramento*. En estos casos, por tanto, todas las controversias que se susciten pueden comprometerse en uno o más árbitros, antes o durante el juicio, “*con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los que no cabe transacción*” (art. 608 CPC). Por tanto, tratándose de entes públicos o de instrumentos de la acción de gobierno y de contratos suscritos por éstos, la única limitación legal que tienen en materia de arbitraje se refiere a los asuntos en los *que no cabe transacción* sobre

los cuales, incluso, el juez no puede excitar a conciliación (art. 258 CPC). Esto, por tanto, plantea el tema de la posibilidad de la transacción en derecho público.

Tal como ha sido definida por el artículo 1713 del Código Civil “la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente y precaven un litigio eventual”. Se trata entonces de un contrato sinalagmático, concluido entre partes para, mediante recíprocas concesiones, terminar un litigio o la incertidumbre de las mismas sobre una relación jurídica. Se dan, por tanto, dos especies de transacción: una, extrajudicial, que pone fin a la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica –precave un litigio eventual, según nuestro Código Civil–; otra que pone fin a un litigio pendiente.

Se trata, por tanto, de una institución típicamente de derecho civil. Sin embargo, el interés que reviste el arreglo amigable de ciertos litigios o de las incertidumbres de las partes en cierto tipo de relaciones jurídicas en que intervienen entes públicos, hacen que en principio pueda admitirse la transacción en materia administrativa, aún cuando para los entes administrativos las posibilidades de transacciones aparecen más reducidas que para los particulares. De ahí que sea necesario precisar, ante todo, los lineamientos generales de las posibilidades para la Administración de celebrar contratos de transacción con los administrados. Para ello, en todo caso, debemos partir de la normativa del Código Civil, aplicable a la Administración dada la ausencia de un régimen legal especial para la transacción en materia administrativa.

En primer lugar, es requisito esencial de la transacción el de la existencia de concesiones recíprocas entre las partes, al renunciar parcialmente a las posiciones extremas en que se habían situado. En todo caso, queda claro que en las recíprocas concesiones se produce el sacrificio, la renuncia o la disposición parcial de las pretensiones de las partes. Por ello el artículo 1714 del Código Civil exige que “para transigir *se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción*”. Por tanto, y ello también queda claro, para que las recíprocas concesiones que caracterizan la transacción puedan llevarse a cabo, es necesario que los derechos sobre que versen o más propiamente, las relaciones jurídicas sobre que versen sean disponibles por las partes, y que éstas tengan capacidad para disponer de ellos.

Aplicado lo anterior a los entes públicos, no sólo rigen entonces en las transacciones que puedan celebrar, las normas ordinarias sobre *competencia* para la formación de todo contrato de la Administración, sino que también rigen algunas normas especiales sobre competencia. De ahí que el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, como simple norma de *derecho adjetivo* (y no de derecho sustantivo) establezca que “en ninguna causa fiscal se podrá celebrar transacciones, *sin la autorización* previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador General de la República. En los asuntos que dependan de la Contraloría General de la Nación, la autorización a que se refiere este artículo será impartida previo informe del Contralor de la Nación”. Queda claro, en todo caso, que estos requisitos adjetivos no sólo deben cumplirse en las transacciones judiciales, sino también extrajudiciales, pues el concepto de “causa” que emplea el artículo debe interpretarse en sentido amplio.

De lo anterior resulta, por tanto que no procediendo la transacción en *relación a la competencia* atribuida a los entes públicos, la misma tampoco puede ser materia de compromiso arbitral.

Pero además de la aplicación de las normas generales sobre la competencia a las transacciones que puedan celebrar los entes públicos, es evidente que en ellas tiene una mayor importancia la necesidad de que los derechos o relaciones jurídicas sobre los cuales se van a hacer las recíprocas concesiones sean disponibles, ya que para transigir válidamente hay que poder disponer libremente de los derechos que sean objeto de la transacción. De ello resulta que una transacción no puede recaer sobre derechos inalienables. En derecho público, este aspecto tiene importancia esencial.

En efecto, en primer lugar, la transacción no puede implicar la renuncia ni el relajamiento de normas en cuyas observancias *están interesados el orden público* o las buenas costumbres (artículo 6º, CC), o más generalmente, en las transacciones que celebre un ente público *no pueden renunciarse ni relajarse las normas de orden público* y entre ellas por ejemplo, las que fijan o atribuyan competencias y las de carácter fiscal, y aquellas así calificadas en la legislación especial, como por ejemplo, la *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural* de 1971, que establece en su artículo 14 que “las disposiciones de esta Ley tiene *carácter de orden público...*”. Por tanto, respecto de estos aspectos, no proceden compromisos arbitrales.

Pero además y, en segundo lugar, la transacción en materia de derecho público no puede versar sobre el ejercicio de una competencia *obligatoria* de la Administración, pues la característica de las llamadas “concesiones recíprocas”, que es la base de la transacción, contraría la esencia de la actividad reglada de la Administración, cuando el ejercicio de esos derechos le venga impuesto por el ordenamiento positivo. En otras palabras, la transacción en materia de derecho público nunca puede versar sobre el ejercicio de una facultad reglada o vinculada de la Administración como sería la competencia tributaria y fiscal en general, sino sólo en los supuestos en que exista una potestad discrecional.

En definitiva, y respecto a lo expuesto en último lugar, podríamos concluir señalando que si bien la posibilidad de la transacción es más reducida en materia de derecho público –administrativo o fiscal–, en todo caso sólo podría proceder con respecto del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración –que dependen de su libre apreciación de la oportunidad o conveniencia– y nunca respecto al ejercicio de facultades vinculadas, regladas u obligatorias de la misma. La limitación, también, rige respecto de los compromisos arbitrales.

El tema ha sido objeto de regulación especial en materia tributaria, por lo que, partiendo de las premisas indicadas anteriormente, el *Código Orgánico Tributario* ha establecido expresamente la posibilidad del contrato de transacción judicial en materia tributaria, conforme a las siguientes normas:

“Artículo 57. La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.

Artículo 58. El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00). El Consejo de

Ministros podrá elevar este límite hasta cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). El contrato de transacción será otorgado en nombre de las República, por el Procurador General de la República”.

De acuerdo a estas normas, por tanto, la transacción judicial en materia tributaria está limitada a cuestiones de hecho y su determinación, por lo que no se permite en cuestiones de derecho, es decir, en cuanto al significado de la norma aplicable. Esta misma limitación se aplicaría, por tanto, a los compromisos arbitrales.

Pero adicionalmente a las limitaciones al recurso de arbitramento derivadas de lo establecido en el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, para el supuesto de que se recurra a árbitros que deben resolver en el exterior, ello no es posible, conforme al artículo 2° del mismo Código, “cuando se trate de *controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres*”. Por tanto, tratándose de contratos de interés público no podrían ser objeto de arbitramento en el exterior controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre materias que interesen al orden público.

Salvo estos supuestos, todas las otras cuestiones dentro de los límites del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, antes mencionados, en los contratos de interés público, pueden comprometerse las controversias para ser resueltas mediante arbitramento.

Por último, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, tratándose de árbitros de derecho, éstos deben en principio observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho. En el caso de árbitros arbitradores, estos proceden con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad (art. 618).

En todo caso, las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas y reglas de procedimiento que deban seguir y someter a los árbitros arbitradores a algunas reglas de procedimiento (Parágrafo Primero, art. 618). Estas reglas de procedimiento que pueden indicar las partes bien pueden ser las de la Cámara Internacional de Comercio, como lo ha establecido la Cláusula Décima Séptima del artículo 2° del Acuerdo.



En vista de todo lo anteriormente expuesto, pueden establecerse las siguientes conclusiones.

1. El principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado que establece el artículo 127 de la Constitución, de carácter relativo, permite cuando la naturaleza del contrato de interés público lo aconseje, excluir respecto del mismo la aplicación de las leyes venezolanas (con excepción de las normas de orden público) y la jurisdicción de los Tribunales venezolanos.

2. Los contratos de interés público, contenidos en los Convenios de Asociación en ejecución del artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, por su naturaleza industrial y comercial, son de aquellos que están dentro de las excepciones respecto del principio de inmunidad jurisdiccional del Estado. Por ello, en la Cláusula Décima Séptima del artículo 2° del Acuerdo de 04-07-95, y conforme al artículo 127 de la Constitución, si bien se ha previsto expresamente que se regirán e interpretarán de conformidad con las Leyes de la República de Venezuela, se ha dispuesto la excepción respecto de la cláusula de inmunidad jurisdiccional del Estado, prescribiéndose que las partes contratantes, respecto de controversias que no sean de las materias competencia del Comité de Control, deben recurrir al arbitramento para su solución conforme al Código de Procedimiento Civil (arts. 2 y 608 CPC), lo cual es admisible en los contratos de interés público que no tengan que contener obligatoriamente dicha cláusula.

3. Las limitaciones fundamentales en relación al recurso al arbitramento en los contratos de interés público, como los Convenios de Asociación, son las establecidas en el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que no pueden comprometerse “cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, *ni sobre los demás asuntos en los que no cabe transacción*”. En cuanto a la transacción, si bien es admisible en materia de contratos de interés público, no puede conllevar a que las partes transijan sin tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción. Esto implica, en materia de derecho público, que solo los órganos *competentes* para ello pueden transigir, y que, además, la transacción no puede recaer sobre *derechos inalienables* respecto de los cuales *no se puede disponer. Por tanto, la transacción no puede implicar renuncia ni relajamiento de normas de orden público o las buenas*

*costumbres* (art. 6 CC), y particularmente de aquellas que establecen una *competencia de ejercicio obligatorio* (reglado para el Estado). En consecuencia, *ninguna de estas cuestiones puede ser objeto de compromiso arbitral*. En materia tributaria, en todo caso, la transacción judicial sólo es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable, por lo que un arbitramento no podría incidir sobre esto último.

4. El recurso al arbitramento en los contratos de interés público donde no sea obligatoria la inclusión de la cláusula de inmunidad jurisdiccional, puede conducir inclusive a que los árbitros designados resuelvan en el exterior, conforme al artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, sometido, el compromiso arbitral, siempre, a las limitaciones antes mencionadas y adicionalmente a las previstas en dicho artículo en el sentido de que los arbitrajes que se resuelvan en el extranjero “no pueden referirse a controversias para *bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres*”.

5. El recurso al arbitramento, en todo caso, cuando ello es posible, en los contratos de interés público permite a las partes indicar a los árbitros las reglas de procedimiento que deban seguir, conforme al artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, las cuales bien podrían ser las de la Cámara Internacional de Comercio, como ha sucedido con la condición fijada por el Acuerdo del Congreso de 04-07-95 en su Cláusula Décima Séptima del artículo 2°.”

Como conclusión de lo antes expuesto, alegamos ante la Corte Suprema que la mencionada Cláusula Décima Séptima del artículo 2° del Acuerdo de 04-07-1995 no contradecía, en forma alguna, el artículo 127 de la Constitución, y al contrario, el Acuerdo de las Cámaras Legislativas fue adoptado conforme al mismo, razón por la cual solicitamos de dicha Suprema Corte que desestimase los alegatos de supuesta violación de dicha norma formulados por los recurrentes.

### **III. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CALIFICANDO A LOS CONTRATOS DE LA APERTURA PETROLERA COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONSIDERANDO CONSTITUCIONAL LA CLÁUSULA ARBITRAL PREVISTA PARA LOS MISMOS**

La Corte Suprema de Justicia, dictó sentencia en el caso con fecha 17 de agosto de 1999, declarando sin lugar las acciones intentadas, con lo que, en consecuencia, quedó confirmada, en cuanto a su conformidad con la Constitución y las Leyes, el texto del mencionado Acuerdo del Congreso mediante el cual se había autorizado la celebración de los Convenios de Asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas, con inclusión de cláusula arbitral.

Específicamente sobre el tema del arbitraje en la contratación pública, la Corte Suprema de Justicia decidió el punto en dos partes: en la primera, calificando los contratos de la apertura petrolera como contratos administrativos, y segundo considerando que en los mismos pueden incluirse cláusulas arbitrales.

Sobre el primer punto, la Corte Suprema de Justicia resolvió como sigue al considerar que la Cláusula Sexta del Acuerdo del Congreso que regulaba la explotación a *exclusiva cuenta y riesgo* del inversionista, se ajustaba a la Constitución:

“El Acuerdo dictado por el Congreso de la República fija las bases jurídicas mediante las cuales se desarrollarán los convenios en materia de hidrocarburos, esto es, establece el marco de condiciones conforme al cual habrá de contratar la República con los inversionistas seleccionados para la exploración y producción de hidrocarburos.

En el numeral 9 del capítulo IV del Informe presentado por la Comisión Bicameral que tuvo a su cargo la redacción del Acuerdo en cuestión, se señala el régimen legal aplicable a la *“celebración y ejecución de los Convenios de Asociación entre entes privados y PDVSA para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas,”* al indicar que *“quedarán sometidas al régimen establecido en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los*

*Hidrocarburos en razón de que su objeto se contrae al ejercicio de las actividades reservadas al Estado, conforme al artículo 1° de dicha ley”, que reza:*

*“Se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos a la manufacturación o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta Ley. Como consecuencia de lo dispuesto en este artículo, quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y la extinción se hará efectiva el día 31 de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.*

*Se declaran de utilidad pública y de interés social las actividades mencionadas en el presente artículo, así como las obras, trabajos y servicios que fueren necesarios para realizarlas.*

*Lo referente a la industria del gas natural y el mercado interno de productos derivados de hidrocarburos, se regirá por lo dispuesto en la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural y la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de Hidrocarburos, respectivamente, en cuanto no colida con lo dispuesto en la presente Ley.”*

Este artículo 1° de la Ley Que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos es el dispositivo legal que concede rango de utilidad pública y de interés social, a todas las actividades relacionadas con la exploración, explotación, manufactura, transporte y comercio de los hidrocarburos, que ha reservado el Estado, por razones de conveniencia nacional.

Resulta evidente, y por demás obvio, que toda contratación o convenio que realice el Estado en ejecución de estas actividades están impregnadas de las características propias que la contratación administrativa le otorga.

Se infiere de la redacción de la norma citada que toda convención que disponga el Estado, para el cumplimiento de esta función que se le

ha reservado por razones de conveniencia nacional, se inscribe entre aquellas que persiguen asegurar la efectividad del servicio público netamente involucrado en tales actividades. Es por ello que el Legislador, al declararlas de *utilidad pública e interés social*, ha procurado la protección inmediata del interés colectivo, estimando necesario blindarlo, además, con una normativa que permita reconocer, sin más, en este tipo de contratación, la característica que inveteradamente ha acompañado la contratación administrativa: la prestación de un servicio público o utilidad involucrada.

Establecido entonces el carácter administrativo de este tipo de contratación, resulta indispensable recalcar lo que ha sido doctrina de este Máximo Tribunal, especialmente de su Sala Político Administrativa, en cuanto a los contratos administrativos se refiere, para poner de relieve las notas que los identifican y el régimen especial que regula su tratamiento jurídico, a objeto de resolver el planteamiento de autos.

Así pues, en abundante doctrina la Sala Político Administrativa de esta Corte ha resaltado la relevancia de los contratos administrativos por constituir un mecanismo de extraordinaria importancia que utiliza la Administración Pública para atender adecuadamente el interés colectivo; y, es ello lo que permite determinar que las notas esenciales de esta categoría de contratos sean la noción de “*servicio público*” y la consecuente incorporación en su texto –tácita o expresamente– de las “*cláusulas exorbitantes*”.

Estas cláusulas exorbitantes se presentan como disposiciones implícitas en el contrato administrativo, que recogen prerrogativas en favor de la Administración Pública, justificadas por el interés colectivo involucrado en esa contratación, y cuya proporción es de tal magnitud que en una relación contractual común resultan inaceptables.

Son pues las cláusulas exorbitantes, notas consustanciadas con la naturaleza misma de las contrataciones de carácter administrativo. Es precisamente esta desproporción que se patentiza entre los intereses del particular frente a los del colectivo, lo que define las cláusulas exorbitantes. Se trata así, de aquellas disposiciones que un particular no aceptaría insertar en un contrato con otro particular, porque son ellas las que en definitiva ponen de relieve o materializan en el negocio jurídico las potestades administrativas. Potestades no discutidas; y, por el contrario, recibidas por el particular contratante que entiende y acepta que no se trata de un capricho de la voluntad administrativa,

sino una herramienta diseñada por el Derecho Público para garantizarle al colectivo, la protección de sus intereses encomendados a la Administración, concretándose con ella, la forma más eficaz de asegurar la salvaguarda del interés general, imposibilitado de controlarlo directamente y permanentemente.

Estos criterios han sido aceptados por gran parte de la doctrina extranjera y también venezolana, no obstante que aún existen estudiosos del tema que restan relevancia a la distinción que se hace de los contratos administrativos frente a los de derecho común, y que insisten en que la misma sólo ha obedecido a razones puramente pragmáticas, dirigidas a la determinación del órgano jurisdiccional competente para su conocimiento.

Sin embargo, esta Corte debe precisar que más que un mero ejercicio interpretativo para establecer la competencia en los asuntos relacionados con la contratación administrativa, su estudio sí tiene enorme relevancia desde el punto de vista científico, pues permite con él, hacer precisiones que tienden a despejar dudas como las que ha suscitado el planteamiento contenido en el recurso de nulidad que se examina.

Al efecto, es necesario destacar brevemente la evolución jurisprudencial de la doctrina de la Corte en esta materia, que desde 1944 (sentencia 5.12.44 Corte Federal y de Casación, caso N.V. Aannemerbedriff Voorhen T. Den Brejen Van Pen Bent) muestra su reconocimiento a la existencia de los contratos administrativos.

Esta doctrina fue ratificada por la Sala Político Administrativa insistiendo, esta vez, en que es la noción de servicio público la fórmula indicada para identificar un contrato administrativo, criterio recogido en sentencia del 14-06-83, mejor conocida como caso: “Acción Comercial”. Se distancia así de la posición de algunos tratadistas, fundamentalmente tratadistas franceses (André De Láubedere, citado por Manuel Argañarás en su obra *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1955, p. 107) que atribuían a las cláusulas exorbitantes la mejor forma para identificar la contratación administrativa, otorgándoles el carácter tácito que dimana de la obligación de considerarlas incorporadas en ella, no obstante no se les hubiese establecido expresamente, lo que revela, al decir de este autor, un derecho que “...generalmente previsto y organizado en el pliego de condiciones, existe de pleno derecho aún cuando no se haya hecho mención en el contrato”.

En la referida decisión, la Sala Político-Administrativa, al revisar más profundamente la construcción conceptual del contrato administrativo atendiendo a su finalidad, se suma decididamente a quienes reconocían en éstos la noción de servicio público como nota esencial del contrato, criterio que ha sido reiterado posteriormente (Sentencia N° 690, de fecha 11-10-95 S.P.A., caso: Municipio Baruta del Estado Miranda, sentencia N° 371 de fecha 24-05-95 S.P.A., caso Constructora Agraténica y Pecuaría Mi Porvenir, C.A., sentencia N° 146 de fecha 12-03-98, S.P.A., caso Frigorífico Independencia, C.A. (Frideca), sentencia N° 724 de fecha 13-11-97, S.P.A., caso Termaisla, S.R.L., sentencia N° 176 de fecha 11-08-83 S.P.A., caso, Cervecería de Oriente, C.A., sentencia N° 335 de fecha 9-06-98, caso Leyda Josefina Rojas Méndez y otros, sentencia 94 de fecha 4-03-93 S.P.A. caso: Juan José Mesa González).

Autores como Gastón Jéze (*Les principes généraux de droit administratif*, Tomo III, 3ª edición, 1925, p. 298) van todavía más allá, después de señalar las reglas que según él sometían la contratación administrativa (relativas a la forma de los contratos, a los poderes de la Administración para proceder por requerimientos unilaterales la ejecución fiel y regular de la prestación convenida, ciertas facilidades dadas a los contratantes de la Administración para la ejecución de sus obligaciones y la competencia de los tribunales administrativos para conocer de las controversias que se susciten entre la Administración y el contratista) considerando que “*para que estas reglas especiales sean aplicables no basta que el contrato haya pasado entre la Administración y un particular para la prestación de un servicio, sino que es necesario que el contrato haya tenido por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público. Y aún este elemento puede no bastar: es indispensable que las partes contratantes hayan querido someterse a un régimen jurídico de derecho público*”, con lo cual alude naturalmente a la teoría de la voluntad como fuente obligatoria de todo contrato.

De esta forma la Sala Político Administrativa de esta Corte, ha concluido aceptando que las cláusulas exorbitantes –insertas expresa o tácitamente en el contrato– no lo definen como tal, por ser una consecuencia y no un elemento determinante de éste.

En este contexto, debe esta Corte precisar que si la característica que por antonomasia identifica un contrato administrativo es el servicio público que se pretende con él, el interés general o la utilidad pública

perseguida, y si el que contenga cláusulas exorbitantes no es más que una consecuencia de esta necesaria y obligada protección de ese interés general, su incorporación en el texto no sólo está permitida sino que resulta una obligación de la Administración, tanto que, aunque no lo estén expresamente, así será considerado y debe quedar entendido entre los contratantes.

Todas las referencias jurisprudenciales y doctrinarias encuentran su acomodo en la necesidad para este fallo, de dejar evidenciada la legalidad que sostiene esta categoría de cláusulas en la contratación administrativa.

En el caso que nos ocupa, en la Cláusula Sexta del Acuerdo dictado por el Congreso de la República, se sientan las bases que deben observar los Convenios de Asociación Estratégica, los que –como se ha establecido– contienen per se la noción de servicio público, por tratarse de contrataciones que se postulan como aquellas que más claramente revelan su condición de administrativa. Por lo tanto, el Congreso de la República al disponer como condición para la celebración de estos convenios lo allí dispuesto, lo que está es preservando y protegiendo ese interés general contenido en estas contrataciones, estableciendo así que el riesgo en la exploración de hidrocarburos corresponda sólo al inversionista, otorgando con ello contenido y vida a la “cláusula exorbitante” necesaria en este tipo de contrataciones, sin las cuales se haría inocua la protección del interés colectivo, que es obligación y no elección de la Administración Pública.

De lo expuesto, cabe concluir a esta Corte, que no puede calificarse de “leonina” a la Cláusula Sexta y, consecuentemente, no viola el contenido del artículo 1664 del Código Civil –como así lo expresaron los recurrentes– pues este concepto no tiene aplicación alguna en el ámbito de la contratación administrativa, en la que el desequilibrio o desproporción entre los intereses de las partes, no solamente es permitido sino que resulta, además, indispensable, siempre que en él se salvaguarde el interés colectivo, como es el caso que nos ocupa. Así se declara.

Ciertamente, como fue expresado por los apoderados de PDVSA, son especiales las características que reviste este tipo de contratación, en la que el inversionista concurre con la filial de PDVSA en un tipo de sociedad, en la cual la filial contratante será accionista hasta de un



35% del capital social, y sin embargo, la inversionista comparte paritariamente con la filial el control interno de la misma, y aún más –como lo dispone la cláusula cuarta ya analizada en este fallo– con potestad de doble votación por parte del representante de la filial de PDVSA en caso de empate en las deliberaciones. Se trata efectivamente de “características especiales”, porque en ellas van envueltas las cláusulas de que dispone la Administración para hacer eficaz la protección del interés general. Y así como el legislador, en el marco de condiciones de los convenios, ha diseñado características como las señaladas, también al disponer que la asunción del riesgo exploratorio va por la sola cuenta del inversionista, agrega a este marco normativo una condición más, cuyo origen sólo puede encontrarse en la potestad que tiene la Administración de establecer disposiciones comprometidas con la protección del interés general. Así se declara.

Desecha de esta forma la Corte, la argumentación de quienes han defendido la legalidad de la cláusula sexta, con fundamento en la calificación de contratos aleatorios otorgada a los convenios de asociación, ya que como se ha expuesto, éstos describen perfectamente las características inherentes a los de naturaleza administrativa, cuyo tratamiento jurídico responde a normas del Derecho Público. Y así se decide.”

Sobre el segundo punto mencionado, relativo a considerar que la Cláusula Decimoséptima relativa a la cláusula arbitral en los contratos de la apertura petrolera, la Corte Suprema de Justicia resolvió como sigue aceptando definitivamente el recurso al arbitramento en la contratación administrativa:

Se ha alegado como motivo de impugnación de esta cláusula la violación del artículo 127 de la Constitución, que dispone la obligatoriedad de incorporar en todo contrato de interés público una cláusula según la cual las dudas y controversias que se susciten con relación a dichos contratos y que no llegaren a resolverse de forma amigable por las partes, serán decididas por los Tribunales de la República. Insistiendo, además, en la naturaleza de contratos de interés público que tienen los Convenios de Asociación, lo cual compromete aspectos esenciales de la Nación venezolana.

En contra del anterior alegato, quienes defienden la constitucionalidad y legalidad de la cláusula Decimoséptima del Acuerdo recurrido, que permite la incorporación del arbitraje en los convenios de asociación estratégica, han sostenido que la disposición constitucional del artículo 127 revela que efectivamente la cláusula que establece la inmunidad de la jurisdicción nacional es de obligatoria incorporación en toda contratación de interés público, pero que siendo ésta la regla, la excepción se produce, cuando “no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”.

Para decidir, se observa:

Son tres los aspectos a dilucidar en la presente controversia:

En *primer lugar*, el referido a si los convenios de asociación deben reputárseles como contratos de interés público.

En *segundo término*, lo relacionado con la concepción adoptada por la Constitución de la República en su artículo 127, esto es, si acogió el sistema de inmunidad absoluta de jurisdicción o, por el contrario, el de inmunidad relativa, a través del cual se permitiría, dependiendo de la naturaleza del contrato, incorporar la cláusula arbitral.

Y, *por último*, debe dilucidarse a qué se ha referido el Constituyente de 1961 cuando estableció “si no fuera improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos”.

*Primero*: Con relación al interés público del cual están revestidos los Convenios de Asociación a que se refiere el Acuerdo del Congreso impugnado, estima esta Corte que en el punto 4 de la motiva del presente fallo, referido a la Cláusula Sexta, se dejó claramente establecido que su naturaleza jurídica, es la de un contrato administrativo, o de interés público dadas las características allí extensamente analizadas.

Debe además dejarse sentado en esta oportunidad, visto lo alegado por los recurrentes, que la contratación administrativa aludida se encuentra vinculada al interés público o colectivo, pues, como se ha dicho –y aquí se reitera– es precisamente este elemento el que mueve a la Administración a realizar este tipo de contratación. Así se declara.

*Segundo:* Por lo que se refiere a la concepción que adoptó el artículo 127 de la Constitución de la República, resulta a todas luces evidente para esta Corte, que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el Constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción “*si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos*” se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la Constitución de 1947. Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda –como pareciera inevitable– a favorecer a su país en la disputa de que se trate.

Ahora bien, resulta para este Alto Tribunal innecesario recalcar el fundamento de las precisiones doctrinarias que innumerables y muy reconocidos juristas nacionales y extranjeros han hecho en relación con la justificación para que los Estados acojan el sistema de inmunidad relativa, pues entiende la Corte, que el eje central de esta controversia no se circunscribe especialmente a este hecho, sino al alegado por los recurrentes en cuanto a que esta excepción que concibe –y así lo aceptan– el artículo 127, se encuentra sólo referida a los contratos celebrados “entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público”, lo que les permite argüir, que el dispositivo constitucional no autoriza el sometimiento a normas distintas de las venezolanas fuera de estos casos.

No comparte la Corte lo expuesto por los impugnantes, toda vez que la redacción de la mencionada norma no permite, ni semántica ni conceptualmente, hacer tal distinción. En efecto, dispone el artículo 127 citado que: “*En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las parte contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*”. (Resaltado de la Corte). De tal redacción resulta ostensible que el Constituyente no precisó que la excepción allí contenida estuviese referida a los contratos celebrados entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público, como lo pretenden los recurrentes.

Rebasa el alegato de los demandantes la intención del Constituyente quien no hizo distinción alguna. De lo expuesto, cabe concluir que no se encuentran excluidos por la excepción contenida en el artículo 127 de la Constitución, los contratos de interés público distintos a los señalados por los recurrentes, pues entran en ella todos aquéllos cuya naturaleza haga procedente la incorporación de la cláusula arbitral. Así se declara.

*Tercero:* Ha quedado establecido tanto el carácter de interés público de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso como la circunstancia de que la excepción contenida en el artículo 127 constitucional no se limita sólo a aquellos contratos que celebren dos Estados soberanos o un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público, y sólo resta por deducir si estos Convenios de Asociación –como lo afirman los opositores al presente recurso de nulidad– tienen la “naturaleza” a la que se refiere el texto constitucional.

En este sentido, son contestes los opositores al recurso en cuanto a que el término “naturaleza” al que alude el texto constitucional no puede estar referido a la esencia jurídica de los contratos, por cuanto queda claramente definida al señalar que se trata de contratos de “interés público”, aceptados por la jurisprudencia como contratos administrativos.

Por lo que, ha sostenido un sector de la doctrina que se trata del contenido práctico, lo que obligaría a la Administración a incluir la cláusula arbitral, pues sin ella podría no realizarse la operación contractual.

En un sentido más restringido, otros estudiosos del tema (Informe suscrito por el doctor José Melich Orsini, presentado al Consultor Jurídico de PDVSA donde recoge la opinión de reconocidos especialistas en la materia, el cual fue acompañado como documental por la Fiscal del Ministerio Público ante esta Corte y los opositores al recurso sostienen que, esa naturaleza no es más que la comercial o mercantil que identifica las contrataciones, que por razones de interés público, debe realizar la Administración.

Observa la Corte al respecto que, ciertamente la naturaleza determinada constitucionalmente no es la naturaleza jurídica del contrato, no es la que se refiere a los rasgos característicos de la contratación, esto es, no está vinculada a las notas que permitan incluirlo en una determinada clasificación el tipo de contratos, pues ella queda claramente evidenciada del señalamiento “de interés público” que hace la norma, y efectivamente, se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación, la que determinará la posibilidad de la excepción a la inmunidad jurisdiccional.

Considera esta Corte, además, que esa “naturaleza” a la que se refiere el artículo *in comento* no puede reducirse única y exclusivamente a la de índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exijan o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral. Esto conlleva a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia específica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido *lato*, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula de arbitraje autorizada por el Acuerdo aquí impugnado a fin de ser incorporada en los Convenios de Asociación cabe destacar que, conforme a la misma Cláusula Decimoséptima, en el artículo 2 se expresa “El Convenio se registrará e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Venezuela”; también establece que las materias sometidas a la competencia del Comité de Control no estarán sujetas a arbitraje. Y es sólo este Comité de Control (cuya mayor representación corresponde a representantes de la empresa filial) el que conocerá de las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio, lo que permite deducir que las materias que conocería eventualmente la Comisión Arbitral no serían fundamentales para el interés nacional.

En razón de lo expuesto, estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara.

## TERCERA PARTE

### ALGUNOS COMENTARIOS A LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE 1999: CONTRATOS PÚBLICOS Y JURISDICCIÓN (2005)

Publicado en el libro: Irene Valera (coordinadora), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288.

#### I. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LA ESTABILIDAD JURÍDICA

La Ley de Promoción y Protección de Inversiones, dictada mediante Decreto N° 356 de 3 de octubre de 1999 (*Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.390 del 22 de octubre de 1999), tiene por objeto básicamente proveer tanto a las inversiones como a los inversionistas, nacionales y extranjeros, de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas (art. 1).

Se precisa en la propia Ley, sin embargo, que Venezuela puede celebrar tratados o acuerdos que pueden contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en la Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los en ella consagrados (art. 5).

En todo caso, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan como es obvio, de la protección concedida por la Ley, a la cual puede sumarse el régimen más favorable que surja de la eventual entrada en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, así como la que emane de las convenciones multilaterales en las que Venezuela sea parte.

## **II. LAS GARANTÍAS LEGALES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES**

A los fines del cumplimiento del objeto definido de Ley, antes indicado, la misma establece las siguientes garantías generales para de la protección de las inversiones, particularmente las internacionales:

En primer lugar, garantiza a las inversiones internacionales en Venezuela el derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no pueden ser objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación (art. 6)

En segundo lugar, el artículo 9 de la ley garantiza a las inversiones y los inversionistas internacionales, el derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley. A tal efecto, la Ley, primero, garantiza a las inversiones y los inversionistas internacionales los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en la propia Ley (art. 7). La Ley deja a salvo, sin embargo que mediante Ley, el Estado puede reservar determinados sectores de la actividad económica, al propio Estado o a inversionistas venezolanos. Y segundo, la ley también garantiza a las inversiones internacionales que no requieren de autorización previa alguna para poder realizarse, excepto en los casos en que la Ley expresamente así lo indique (art. 7, párrafo segundo).



En tercer lugar, se garantiza la no discriminación en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que se puedan establecer y mantener tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas (art. 8).

En cuarto lugar, se garantiza a las inversiones y los inversionistas venezolanos que tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares (art. 10).

En quinto lugar, se garantiza que el Estado no decretará ni ejecutará confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Garantiza, además, que sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a estas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento establecido en la ley de expropiación por causa de utilidad pública o social, “de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada” (art. 11).

En estos casos, la Ley garantiza que la indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización, que debe incluir el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se debe abonar sin demora (art. 11). La Ley garantiza, además, que las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales deben ser abonadas en moneda convertible y debe ser libremente transferibles al exterior (art. 11).

En sexto lugar, el artículo 12 de la Ley garantiza a las inversiones internacionales y en su caso, los inversionistas internacionales, el derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y al pago de los tributos a los que hubiere lugar, a la transferencia de todos los pagos

relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pago de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de propiedad intelectual; las indemnizaciones en caso de expropiaciones (art. 11); el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias. El mismo artículo garantiza que dichas transferencias se deben efectuar sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con las reglamentaciones de cambio en vigor para ese momento.

Conforme al párrafo primero del mismo artículo 12, sin embargo, las mencionadas transferencias pueden limitarse temporalmente en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico o financiero, la aplicación de lo previsto en el mencionado artículo 12 resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos o de las reservas monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa. En estos casos, la medida que imponga la limitación debe evitar todo daño innecesario a los intereses económicos, comerciales y financieros de las inversiones internacionales y de los inversionistas internacionales; y debe ser liberada en la medida en que se corrija la situación extraordinaria que le hubiere dado origen y en consecuencia, disminuyan o se eliminen los graves trastornos de la balanza de pagos o de las reservas monetarias del país, o la amenaza de tales trastornos, según sea el caso.

### **III. LOS CONTRATOS ESTATALES DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LAS INVERSIONES**

Ahora bien, dentro de los mecanismos establecidos en la Ley a los efectos de proveer a las inversiones y a los inversionistas de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, el artículo 17 de la Ley dispuso que la República

puede celebrar contratos de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de algunas condiciones económicas en el tiempo de vigencia de los mismos.

Dichos contratos deben ser celebrados, según el sector de la actividad económica de que se trate, por el órgano estatal nacional con competencia para aplicar las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria andina sobre capitales extranjeros, a cuyo efecto, dichos contratos pueden garantizar a la inversión uno o más de los siguientes derechos:

1) Estabilidad de los regímenes de impuestos nacionales vigentes al momento de celebrarse el contrato. En este específico caso de contratos de estabilidad jurídica, que se refieran a la estabilidad de regímenes de impuestos nacionales, al estar en juego el ejercicio de competencias tributarias, requieren la opinión favorable del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT) y la previa autorización del Congreso de la República como condición para que puedan entrar en vigencia.

2) Estabilidad de los regímenes de promoción de exportaciones.

3) Estabilidad de uno o más de los beneficios o incentivos específicos a los que se hubiese acogido el inversionista o la empresa en la cual se realice la inversión, según fuere el caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del presente Decreto-Ley.

Estos contratos de estabilidad jurídica, que en todo caso deben celebrarse antes de la realización de la inversión, sin duda, son contratos públicos, o contratos del Estado. En los términos de la Constitución (art. 150), pueden ser considerados como contratos de interés público nacional, y en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia también pueden ser considerados como contratos administrativos (art. 5, párrafo primero, ordinal 25).

Dichos contratos, conforme al artículo 18 de la Ley, están sujetos a las siguientes condiciones que se pueden considerar como parte integrante de las cláusulas contractuales:

En primer lugar, no pueden tener una vigencia mayor de diez (10) años a partir de la fecha de su celebración;

En segundo lugar, sólo pueden ser suscritos por las empresas o los inversionistas, según sea el caso, que se comprometan a cumplir con programas específicos de inversiones y con otras contraprestaciones, de acuerdo con las condiciones que se indiquen en el Reglamento;

En tercer lugar, pueden ser resueltos unilateralmente por el Estado en caso de incumplimiento por parte de las empresas o de los inversionistas, según fuere el caso, de las obligaciones contraídas conforme al contrato.

En caso de resolución, y sin perjuicio de cualquier otra cláusula de penalidad que se establezca en el contrato, deben ser suspendidos los beneficios o incentivos a favor de la empresa o del inversionista, según fuere el caso, y ésta o aquél, según corresponda, quedan obligados a la devolución de las cantidades de dinero, así como el valor de los beneficios o incentivos que hubieran recibido por concepto de incentivos o beneficios durante todo el período fiscal en que se materialice el incumplimiento, y a la devolución de los tributos que se hubieren tenido que pagar, de no haber mediado el contrato de estabilidad jurídica, durante el mismo período.

El artículo 18 de la Ley agregó, además, que las controversias que surjan entre las empresas o inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica y el Estado venezolano, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, pueden ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

#### **IV. LAS NORMAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

En la Ley se establecen varios regímenes para la solución de controversias, según surjan entre Estados (el Estado venezolano y el Estado del país de origen de la inversión); o entre un inversionista internacional y el Estado venezolano.

En primer lugar, están las controversias que puedan surgir entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen del inversionista internacional, “en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto” en la propia Ley.

En estos casos, se distinguen dos supuestos según que exista o no algún tratado o acuerdo sobre inversiones suscrito entre los Estados, así:

Primero, si entre el Estado venezolano y el Estado del país de origen de la inversión se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, para la solución de las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Ley, se deben aplicar las disposiciones del tratado o acuerdo.

Segundo, si entre el Estado venezolano y el país de origen de la inversión no se tiene vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, conforme al artículo 21 de la Ley, cualquier controversia que surja entre ellos debe ser resuelta por vía diplomática.

Si dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, no se llegase a un acuerdo entre los Estados, entonces el Estado venezolano está obligado a propiciar (“propiciará”) el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos deben ser acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias.

En segundo lugar, están las controversias que surjan entre un inversionista internacional y el Estado venezolano, en cuyo caso también se distinguen tres supuestos según que exista o no un tratado o acuerdo internacional de protección de inversiones o se aplique o no alguno de los convenios internacionales específicos para la garantía de inversiones.

Primero, conforme al artículo 22 de la Ley, en los casos de 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, las mismas deben ser 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

Segundo, también puede tratarse el caso controversias que surjan entre un inversionista internacional y el Estado venezolano, 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) del 18 de marzo de 1965, en cuyo caso también deben ser sometidas al arbitraje internacional en los términos de dichos convenios, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

En este último caso del CIADI, por ejemplo, el artículo 25(1) del Convenio dispone que la jurisdicción del Centro se extiende a cualquier disputa legal que surja directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión o agencia del Estado contratante que el Estado designe ante el Centro) y un nacional de otro Estado Contratante, que las partes en la disputa hayan consentido por escrito someter al Centro. El tema central de discusión, en este caso está en determinar en qué forma se establece el “consentimiento por escrito”. El tribunal del CIADI que afirmó su competencia en la decisión del caso *SPP v. Egipto*, en 1988, interpretando el valor que tiene una disposición de una ley interna que reconoce la competencia del CIADI para resolver disputas relativas a inversiones, como fuente del consentimiento requerido por el artículo 25(1) del Convenio. El Tribunal, en ese caso, interpretó lo siguiente:

“The Convention does not prescribe any particular form of the consent, not does require that consent be given on a case-by-case basis. To the contrary, the drafters of the Convention intended that consent could be given in advance through investment legislation. Accordingly, the Tribunal cannot accept the contention that the phrase “where it applies” in Article 8 of Law N° 43 requires a further or *ad hoc* manifestation of consent of the Centre’s jurisdiction (*Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt. Decision on Jurisdiction, 14 April 1988*; para 101. 3 ICSID Reports, at 155-56).

El artículo 8 de la Ley N° 43 egipcia establecía:

*Investment Disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab republic of Egypt and the investor’s home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of*

*Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law 90 of 1971, where such Convention **applies**.*

En nuestro concepto, esta última expresión de la ley egipcia es idéntica en su sentido a la expresión “*las controversias respecto de las cuales sean **aplicables***”, contenida en el artículo 22 de la ley venezolana.\*

Esto significa que, de acuerdo con la citada jurisprudencia del CIADI, cuando una ley interna contiene una disposición que remite a la jurisdicción del Centro para resolver una disputa relativa a inversiones, el requisito del consentimiento contenido en el artículo 25(1) del Convenio queda satisfecho por esa sola circunstancia, y que, para que el mismo artículo 25(1) sea “**aplicable**” sólo sería necesario que la disputa surja directamente de una inversión, entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión o agencia del Estado contratante que el Estado designe ante el Centro) y un nacional de otro Estado Contratante en el Convenio, sin que sea entonces necesaria “*a further or ad hoc manifestation of consent of the Centre’s jurisdiction*”

Tercero, en caso de no existir vigente un convenio o acuerdo internacional de inversiones, o no resultar aplicables los convenios específicos indicados, conforme al artículo 23 de la Ley, dispone que cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación de la Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

En tercer lugar, están las controversias que puedan surgir entre las empresas o inversionistas y el Estado venezolano con motivo con motivo de los contratos públicos de estabilidad jurídica que se hayan suscrito, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo

---

\* Cuando estudiaba el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de inversiones para preparar esta Ponencia para el Seminario organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, quien llamó mi atención sobre la norma de la Ley de Egipto y sobre la sentencia del Tribunal CIADI en el caso *SPP v. Egipto* de 1988, fue muy muy recordado socio y amigo, profesor Pedro Nikken, quien ya para ese entonces había sido Juez en varios tribunales CIADI.

contrato, las cuales conforme al artículo 18 de la Ley pueden ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial.

Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución, si bien en todos los contratos públicos aún cuando no esté expresamente en el texto del los mismos, debe considerarse incluida una cláusula conforme a la cual las controversias que puedan surgir de su ejecución que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, deben ser decididas por los tribunales competentes venezolanos de acuerdo con la ley venezolana; en la misma norma se establece la excepción respecto de contratos públicos en los cuales, por “su naturaleza”, dicha cláusula no sea procedente.

En virtud de esta excepción, en Venezuela se abandonó el sistema absoluto de inmunidad de jurisdicción, sustituyéndose por el principio de la inmunidad relativa permitiéndose entonces la posibilidad de que los entes públicos, como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos públicos, puedan estar sometidos a jurisdicciones extranjeras o a arbitraje e incluso a la legislación extranjera, como sucede con muchos contratos públicos en relación con la industria petrolera o la Ley de protección de inversiones. El tema de la “naturaleza” del contrato, en general, apunta a su naturaleza comercial; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en su decisión del 17 de agosto de 1999 (Caso: *Apertura Petrolera*), ha admitido otras consideraciones diferentes a las de la naturaleza comercial del contrato para permitir la cláusula arbitral en los contratos públicos, como la importancia económica del contrato evaluada por la Administración Pública y la Asamblea nacional (Véase el texto completo de esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Documentos del Caso de la Apertura Petrolera*, en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com). Documentos 2004).



## CUARTA PARTE

### EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE 1999 Y SUS VICISITUDES (2016)

Publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana y José Ignacio Hernández (Coordinadores), *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2016, pp. 129-195.

#### I. SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PROMOCIÓN DE INVERSIONES

El texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI),<sup>1</sup> fue adoptado por la Junta de Directores del Banco Mundial en su reunión anual celebrada en Kyoto, Japón el 10 de septiembre de 1964, con el propósito de establecer un Centro para el arreglo de disputas sobre inversiones, a los efectos de procurar la conciliación y arbitramento de controversias sobre inversiones entre los Estados contratantes y los

---

<sup>1</sup> Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-preamble.htm>

nacionales de otros Estados contratantes. En dicha reunión, Venezuela, junto con otros Estados latinoamericanos, rechazaron la Convención; lo que no impidió que los Directores Ejecutivos del Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, sometieran la Convención junto con un Informe a los gobiernos de los Estados miembros para su consideración, con vista a su firma y ratificación. El resultado fue que la Convención fue adoptada y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966 cuando llegó a ser ratificada por 20 países.

El gobierno de Venezuela firmó la Convención el 18 de agosto de 1993, es decir, treinta años después de que entró en vigencia, habiendo sido aprobada el año siguiente, en 1994, mediante Ley aprobatoria por el Congreso,<sup>2</sup> la cual entró en vigencia el 1º de junio de 1995, después del depósito de la ratificación efectuado el 2 de mayo de 1995.

Como se indicó en el Preámbulo de la Convención, ningún Estado contratante, por el mero hecho de la ratificación, aceptación o aprobación de la misma estará obligado sin su consentimiento a someter ninguna disputa particular a conciliación o arbitraje, de manera que adicionalmente a la ratificación de la Convención, para que un Estado esté sometido al Centro de arbitraje CIADI debe haber expresado su consentimiento por escrito. Por ello, el artículo 25.1 de la Convención en relación con la jurisdicción del CIADI, establece que la misma se extiende a cualquier disputa que surja directamente de una inversión, entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante, respecto de las cuales las partes en la controversia hayan consentido por escrito en someterla al Centro.

Sobre las diversas formas del consentimiento escrito por parte de los Estados contratantes del CIADI, además de la cláusula expresa que se pueda establecer en un contrato público o del Estado, como por ejemplo en los contratos de obra pública, o en un tratado o acuerdo bilateral para la protección de inversiones (BIT), tal como se indicó en el antes mencionado Informe de los Directores Ejecutivos del 18 de marzo de 1965 “el Estado contratante en su legislación de promoción de inversiones puede ofrecer someter controversias resultantes de cierta

---

<sup>2</sup> V. Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en *Gaceta Oficial* N° 4.832 Extra. de 29-12-1994.

clase de inversiones a la jurisdicción del Centro, en cuyo caso el inversionista puede dar su consentimiento mediante la aceptación por escrito de la oferta del Estado.

Y este fue precisamente el caso de Venezuela, donde además de haberse aceptado la jurisdicción del Centro CIADI en muchos tratados o convenios bilaterales de protección de inversiones, mediante la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (en lo adelante: Ley de Inversiones) dictada por Decreto Ley N° 356 de 13 de octubre de 1999,<sup>3</sup> en su artículo 22, el Estado expresó el consentimiento del Estado para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas, sujeta a la aceptación igualmente por escrito de estos.

Durante la primera década del siglo XXI muchos casos fueron llevados ante el Centro de arbitraje internacional CIADI contra Venezuela, incluso con base en la oferta de consentimiento expresada en el artículo 22 de la Ley de Inversiones,<sup>4</sup> y muchos de ellos fueron

---

<sup>3</sup> Ley de promoción y Protección de Inversiones, Decreto ley N° 356 de 13-10-1999, en *Gaceta Oficial* N° 5.300 Extra. de 22-10-1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjeras, dictada mediante Decreto ley N° 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* N° 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

<sup>4</sup> Los casos presentados ante el Centro CIADI (ICSID) contra Venezuela, hasta junio 2012 fueron los siguientes: ICSID Case N° ARB/11/30, *Hortensia Margarita Shortt v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Maritime transport services); ICSID Case N° ARB/11/31 *Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Fertilizer enterprise); ICSID Case N° ARB/00/5, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Contract for the construction of a highway system); ICSID Case N° ARB/06/4, *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Farming enterprise); ICSID Case N° ARB/07/4, *Eni Dación B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Hydrocarbon rights); ICSID Case N° ARB/10/14, *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Oil exploration and production); ICSID Case N° ARB/11/1, *Highbury International AVV and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Mining concession); ICSID Case N° ARB(AF)/11/1, *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of*

---

*Venezuela* (Subject Matter: Coal supply agreement); ICSID Case N° ARB(AF)/11/2, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Mining company); ICSID Case N° ARB/11/10, *The Williams Companies, International Holdings B.V., WilPro Energy Services (El Furril) Limited and WilPro Energy Services (Pigap II) Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Gas compression and injection enterprises); ICSID Case N° ARB/11/25, *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Industrial plants for production and distribution of glass containers); ICSID Case N° ARB/11/26, *Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Hot briquetted iron production plant); ICSID Case N° ARB/05/4, *I&I Beheer B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Debt instruments); ICSID Case N° ARB/07/27, *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/09/3, *Holcim Limited, Holderfin B.V. and Caricement B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Cement production enterprise); ICSID Case N° ARB(AF)/09/1, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Mining company); ICSID Case N° ARB/10/19, *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Development, operation, and maintenance of an airport); ICSID Case N° ARB/11/5, *Longreef Investments A.V.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Coffee production facilities); ICSID Case N° ARB/11/19, *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Construction and operation of fertilizer plant); ICSID Case N° ARB/00/3, *GRAD Associates, P.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Contract for the construction and modernization of penitentiaries); ICSID Case N° ARB(AF)/04/6, *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Gold and copper mining project); ICSID Case N° ARB/07/30, *ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Telecommunication enterprise); ICSID Case N° ARB/08/15, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Cement production enterprise); ICSID Case N° ARB/10/5, *Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Maritime-support services); ICSID Case N° ARB/10/9, *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/96/3, *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (Subject Matter: Debt

decididos por los tribunales CIADI. En particular, y específicamente en materia de jurisdicción del Centro CIADI con base en lo establecido en el ahora derogado artículo 22 de la Ley de Inversiones para fines de 2012 se habían dictado las siguientes decisiones: Caso CIADI N° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI);<sup>5</sup> Caso CIADI N° ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI);<sup>6</sup> y Caso CIADI N° ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de 2011 (Caso Brandes CIADI).<sup>7</sup> En estas tres decisiones los tribunales CIADI concluyeron que si bien el artículo 22 de la Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado expresó su consentimiento, sin embargo, como era

---

instruments). Información disponible en Junio de 2012 en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=SearchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=venezuela>

- <sup>5</sup> V., el texto en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510\\_En&caseId=C256](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256). el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 167-225.
- <sup>6</sup> Disponible en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831\\_En&caseId=C420](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831_En&caseId=C420) el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 239-282.
- <sup>7</sup> V., en <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF> el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 347-382.

posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; al resolver los casos los tribunales consideraron que no había suficiente evidencia de la intención del Estado de someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias que los tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

Con posterioridad a estas tres decisiones, el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció y el Estado venezolano se retiró en forma irrevocable del Convenio CIADI, de manera que luego de recibir la notificación escrita, el Banco Mundial como depositario de la Convención notificó el hecho a todos los otros Estados contratantes. De acuerdo con el artículo 71 de la Convención, dicha denuncia comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI<sup>8</sup> se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994).<sup>9</sup> Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez fue uno muy importante, que se configure por designación del Congreso, luego de que éste en junio de 1993, resolvió remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, con el apoyo de todos los partidos políticos, a los efectos de completar el período constitucional de éste. Dicho gobierno de transición tuvo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se realizaron en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente,

---

<sup>8</sup> *V.*, el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noticierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

<sup>9</sup> En dicho gobierno este autor participó como Ministro para la Descentralización.

teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos,<sup>10</sup> al igual que en material de promoción y protección de inversiones, como la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999<sup>11</sup> supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabras, las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenciaba la más completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado,<sup>12</sup> siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos públicos, excepto cuando por la naturaleza de los mismos ello fuera improcedente. Esta restricción, por otra parte, solo se refiere a cláusulas de arbitraje contenidas en contratos públicos, no siendo destinada a regular el arbitraje resultante de una expresión de consentimiento del Estado expresado en una ley nacional.

Ya nos hemos referido al artículo 151 de la Constitución el cual establece: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y

---

<sup>10</sup> V., el libro colectivo: *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>11</sup> V., en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extra. de 2-2-2009. Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; y en *Constitutional Law. Venezuela*, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012.

<sup>12</sup> V., en general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ff.

controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” Esta disposición básicamente reprodujo el contenido del artículo 127 de la Constitución de 1961, la cual se conservó en la Constitución de 1999, como lo propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>13</sup> en particular, oponiéndonos a la extraña e inapropiada propuesta formulada, entre otras, por el Presidente H. Chávez a la Asamblea.<sup>14</sup> Entre esas propuestas estaba, primero la completa eliminación del texto de la Constitución de la “Cláusula Calvo;”<sup>15</sup> y Segundo, la propuesta de volver al principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción pero exclusivamente respecto de contratos públicos a ser suscritos por la “República,” eliminando toda restricción jurisdiccional en relación con contratos públicos suscritos por otros entes públicos que en definitiva son los más frecuentes e importantes, como por ejemplo los suscritos por las empresas del Estado, por ejemplo en el área minera y de hidrocarburos. Tales propuestas presidenciales, sin duda, eran excesivamente permisivas en relación con el arbitraje internacional en materias de derecho público.

El artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999) contiene dos cláusulas que han estado en todos los textos constitucionales desde 1893.<sup>16</sup> La primera se refiere al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado en relación con

---

<sup>13</sup> V., sobre nuestra propuesta en relación con el artículo 151 en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>14</sup> V., Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

<sup>15</sup> V., sobre la adopción de la Cláusula Calvo en 1893, en Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol. I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.

<sup>16</sup> Véanse los textos de las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, 2 vols.



contratos públicos, la cual inicialmente se refirió a los contratos públicos suscritos por la República y los Estados federados, concebida además como una cláusula de una inmunidad absoluta. La misma fue reformada en 1901, extendiendo su alcance inicial para incluir no solo a los contratos nacionales y estatales, sino a los contratos municipales y cualquier otro suscrito por otros órganos del poder público. Posteriormente, en 1947 se cambió el alcance de la inmunidad jurisdiccional, transformado la inmunidad absoluta en inmunidad relativa de jurisdicción, siguiendo las grandes líneas del derecho constitucional comparado.<sup>17</sup>

La propuesta del Presidente Chávez en 1999 en relación con esta cláusula constitucional consistía en restablecer el principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción abandonado en 1947, pero limitándolo sólo a algunos contratos públicos “nacionales”, los suscritos por la república, eliminando toda clase de restricción en materia jurisdiccional en relación con los contratos celebrados por los estados, los municipios y otros entes públicos, como las empresas del Estado. Dicha propuesta, como se ha dicho, era excesiva e inconvenientemente permisiva, particularmente por el hecho de que los contratos públicos comúnmente se suscriben por personas jurídicas estatales diferentes de la República, particularmente por los institutos autónomos y las empresas del Estado.<sup>18</sup>

En todo caso, y dejando aparte la fallida propuesta del Presidente de la República en 1999, la forma como la cláusula de inmunidad jurisdiccional se ha establecido en la Constitución desde 1947, es decir, siguiendo el principio de inmunidad “relativa” no puede considerarse como algo extraordinario o inusual, particularmente porque sigue el mismo principio prevalente en el mundo contemporáneo. De acuerdo con esta cláusula, el Estado está autorizado en la Constitución para someter a arbitraje internacional materias relativas a contratos de interés

---

<sup>17</sup> Véase Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, Académie International de Droit International, Recueil des Cours 1980, The Hague 1981.

<sup>18</sup> Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

público, excepto si su naturaleza lo impide, lo que se refiere a materias generalmente conocidas como perteneciente al *ius imperii*. Es por ello que el argumento del gobierno de Venezuela de retirarse de la Convención CIADI, al igual que la sugerencia plasmada en las decisiones de los tribunales CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, argumentando que “Venezuela permanece reticente vis-à-vis el arbitraje contractual en la esfera pública, como lo demuestra [...] el artículo 151 de la Constitución de 1999” (Caso *Mobil* ICSID, Párr. 131; 127, 128; Caso *Cemex* ICSID, Párr. 125), simplemente demuestra que no se ha entendido realmente el contenido de dicha previsión, del cual ninguna reticencia en relación con el arbitraje puede deducirse. Al contrario, la previsión del artículo 151 constitucional es precisamente la que permite el arbitraje internacional en relación con el Estado venezolano de acuerdo con el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción que es el generalmente aceptado en el mundo contemporáneo. En consecuencia, nada en el sistema constitucional y legal venezolano autorizaba al gobierno para señalar que el mencionado artículo 151 de la Constitución supuestamente “invalidaba en su espíritu, y en sus palabras, las previsiones de la Convención CIADI,” lo que significó considerar que una expresión de consentimiento para arbitraje internacional como la que contenía el artículo 22 de la Ley de Inversiones sería inconcebible a la luz del artículo 151 de la Constitución. Al contrario, era en conformidad con la orientación establecida en dicho artículo que se autorizaba al Estado a dar su consentimiento al arbitraje internacional.

La segunda cláusula contenida en el artículo 151 de la Constitución, que fue incorporada en las Constituciones desde 1893, habiendo permanecido desde entonces inalterada en los textos constitucionales, es la antes mencionada “Cláusula Calvo,” conforme a la cual en Venezuela se excluyen, considerándose inadmisibles, las reclamaciones diplomáticas en relación con contratos públicos suscritos entre los diferentes órganos del Estado y entidades o personas extranjeras. El Presidente de la República en su extraña propuesta de reforma constitucional formulada ante la Asamblea Constituyente de 1999, pretendía eliminar completamente de la Constitución esta centenaria cláusula, y en consecuencia permitir la posibilidad de que en contratos de interés público, su ejecución pudiera dar origen a reclamaciones diplomáticas

extranjeras contra la República.<sup>19</sup> De dicha propuesta, en todo caso, es imposible deducir aproximación restrictiva alguna del Presidente de la república hacia el arbitraje internacional. Al contrario, dichas propuestas eran totalmente inadmisibles, en interés del propio Estado.

Por último, debe mencionarse que el artículo 151 de la Constitución al establecer el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción y además, la cláusula Calvo, se refiere a los casos relativos a los contratos de interés público, esto es, básicamente aquellos suscritos por las tres divisiones territoriales del Estado (la República, los Estados y los Municipios). La cláusula permite la posibilidad para el Estado de dar su consentimiento en dichos contratos para someter a arbitraje internacional, por ejemplo, disputas relativas a materias comerciales derivadas de tales contratos públicos. En cambio, en los casos de jurisdicción para arbitraje internacional del Centro CIADI, basada en el consentimiento dado por el Estado mediante una ley, como era el caso del artículo 22 de la Ley de Inversiones, los tribunales CIADI no tenían relación con contratos de interés público de los regulados en el artículo 151 de la Constitución. Dichos Tribunales, en ese caso, solo tenían relación con el consentimiento dado por el Estado unilateralmente en una ley nacional (Artículo 22 de la ley de Inversiones) para someter a arbitraje internacional materias relativas a inversiones, que son en general, de naturaleza industria, comercial o financiera.

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI,”<sup>20</sup> por supuesto ignoró la importancia de la Convención CIADI para atraer inversionistas internacionales, lo que se evidencia por el hecho de que entre 1993 y 1998 se suscribieron muchos tratados bilaterales de inversión (BITs), específicamente estableciendo el mecanismo de arbitraje internacional, y particularmente la jurisdicción del Centro CIADI.<sup>21</sup> Dicha importancia también resulta del hecho de que el mismo

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> Véase James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” en *El Universal*, Caracas February 7, 2012, y en <http://www.eluniversal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

<sup>21</sup> La lista de los Tratados bilaterales puede verse en <http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; ICSID Database of

gobierno que en 2012 rechazó el arbitraje internacional, fue el que en 1999 sancionó mediante decreto Ley N° 356 de 3 de octubre de 1999 la Ley de Inversiones, incorporando en su artículo 22 el reconocimiento formal de la jurisdicción del CIADI. En dicha Ley, el mismo gobierno de H. Chávez fue aún más allá, y expresó en el mismo artículo 22 de la Ley, el consentimiento escrito de la República de Venezuela como oferta pública abierta, de someter las controversias sobre inversiones al Centro de arbitraje CIADI, conforme al artículo 25.1 de la Convención CIADI. Esta es la realidad histórica, que no puede ser negada con la decisión adoptada de huir del CIADI en 2012.

El artículo 22 de la ley de Inversiones, en todo caso, no fue una previsión que se hubiera incluido en la Ley adoptada por el gobierno (Decreto Ley) sin saberse su significado e intención, o que hubiera sido incorporado en la ley subrepticamente “bajo la influencia de las corrientes globalizantes” como se afirmó sin fundamento.<sup>22</sup> Al contrario, se trató de una decisión consciente adoptada por el gobierno en un momento en el cual estaba buscando y promoviendo inversión internacional en el país, dando a los inversionistas garantías de seguridad jurídica, como la resolución de controversias por tribunales arbitrales. Con tal propósito, en el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, el Estado dio su consentimiento para someter disputas relativas a inversiones ante el centro CIADI, expresado en la forma de una oferta abierta de arbitraje, sujeta a la aceptación del inversionista demandante en una controversia, el cual, a su voluntad, sin embargo, conforme a la misma norma podía optar por acudir a los tribunales nacionales. En tal

---

Bilateral Investment Treaties at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments On-line Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. Véase también en José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs)*, Caracas 2007; Tatiana B. de Maekel, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105.

<sup>22</sup> Véase Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, p. 132.

forma, no sólo la firma de la Convención CIADI en 1993, sino el mismo texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, reflejaron la tendencia pro-arbitraje que existía en Venezuela en dicho tiempo, y que se había desarrollado en las décadas anteriores, cristalizando no sólo en el artículo 258 de la Constitución obligando al Estado a promover el arbitraje, sino en la sanción en paralelo de la Ley de Inversiones de 1999. La misma tendencia se reflejó en muchas otras leyes sancionadas a partir el mismo año 1999.

En los casos CIADI *Mobil* y *Cemex*, los tribunales decidieron que en esos casos en particular, que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no les confería jurisdicción. En el caso CIADI *Brandes*, en cambio, el tribunal, sin motivar en forma alguna su apreciación, decidió que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no confería en forma general jurisdicción para el arbitraje internacional. Sin embargo, y contrariamente a esas apreciaciones, desde 2005 nuestra opinión ha sido que el artículo 22 de la Ley de Inversiones si confería jurisdicción a los tribunales del Centro CIADI, pues contenía la declaración de consentimiento del Estado venezolano, expresada, como una oferta pública abierta de someter controversias a arbitraje internacional.

A pesar de que el mencionado artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones 1999 fue eliminado del ordenamiento, y con ello, el consentimiento del Estado expresado mediante ley en materia de arbitraje internacional, al derogarse la misma mediante la Ley de Inversiones Extranjeras de 2014,<sup>23</sup> estimamos sin embargo de interés explicar el sentido que tenía dicha norma y las vicisitudes que se sucedieron en su interpretación.

---

<sup>23</sup> Dictada por Decreto ley No. 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* No. 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

## II. EL CONSENTIMIENTO DADO POR ESTADO PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL MEDIANTE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999

### 1. *El artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999*

En efecto, con ocasión de haber participado en 2005 en un Seminario organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Comité de Arbitraje de Venezuela, sobre la Ley de Inversiones, al analizar el tema de los contratos públicos y solución de las controversias en materia de inversiones,<sup>24</sup> nuestra conclusión fue que el artículo 22 de la Ley de Inversiones contenía una manifestación unilateral por escrito del Estado, de consentimiento para el arbitraje internacional expresada como oferta abierta, para que los inversionistas internacionales, si la aceptaban, presentasen las controversias relativas a inversiones a arbitraje internacional, lo que incluía el arbitraje del CIADI.

En dicha ocasión, analicé el artículo 22 de la Ley de Inversiones de una manera general y desde el punto de vista del derecho administrativo, refiriéndome, en particular, al contenido de la Ley en relación con las diferentes formas reguladas para la solución de controversias y al tema de los contratos públicos. En particular, en aquella ocasión destacamos lo novedoso que era desde el punto de vista del derecho constitucional y administrativo, la cuestión de la expresión de consentimiento del Estado al arbitraje del CIADI a través de una ley nacional, lo cual por lo demás, se había decidido con anterioridad en un solo caso presentado ante un tribunal del CIADI. Se trató del fallo sobre la jurisdicción del CIADI que se emitió en el caso *Southern Pacific Properties (Middle*

---

<sup>24</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción”, en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 279-288.

*East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*,<sup>25</sup> en el cual se analizó el artículo 8 de la Ley N° 43 de Egipto, que había establecido en la materia que:

“Las diferencias relativas a inversiones con respecto a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley se resolverán de una manera que se convendrá con el inversionista, o en el marco de los acuerdos en vigor entre la República Árabe de Egipto y el país de origen del inversionista, o en el marco del Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre el Estado y los ciudadanos de otros países en los que Egipto se ha adherido en virtud de la Ley 90 de 1971, cuando dicho Convenio se aplica.”<sup>26</sup>

En dicho caso, el tribunal determinó que dicho artículo 8 de la Ley de Egipto N° 43 constituía “el expreso ‘consentimiento por escrito’ a la jurisdicción del Centro en el sentido del artículo 25(1) del Convenio de Washington, incluso en aquellos casos en que no hay otro método consensuado de arreglo de diferencias ni tratado bilateral aplicable.”<sup>27</sup>

Con base en esa sentencia, tratándose de un supuesto legal similar, estimamos que al tener el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela similitudes con la ley egipcia, el caso del *Southern Pacific*, dicho precedente servía de apoyo a la para considerar que en Venezuela también había ocurrido algo similar, en el sentido de que el consentimiento para el arbitraje internacional también lo había expresado el Estado a través de una ley, y no sólo mediante un tratado bilateral de inversión.<sup>28</sup> En nuestra opinión, la última parte de la norma de la ley

---

<sup>25</sup> Véase *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. Véase Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Fallo sobre jurisdicción del 14 de abril de 1988.

<sup>26</sup> Véase *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. Véase Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Fallo sobre jurisdicción del 14 de abril de 1988, párr. 71

<sup>27</sup> Véase *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Caso del CIADI N° ARB/84/3, Fallo sobre jurisdicción del 14 de abril de 1988, párr. 11.

<sup>28</sup> En su sentencia sobre la jurisdicción de 14 de abril de 1988, el Tribunal sostuvo que “[e]l sentido corriente gramatical de las palabras en el artículo 8, en conjunto con otras leyes y decretos dictados en Egipto, demostraron que el artículo 8 exigió la presentación de diferencias a los diversos métodos

egipcia era idéntica en su significado a la disposición del artículo 22 de la Ley venezolana sobre “diferencias en las que la disposición [del Convenio del CIADI] es aplicable”. Esto significa que, de acuerdo con la jurisprudencia del CIADI, cuando una ley interna cuenta con una disposición que se refiere a la jurisdicción del CIADI, la condición del artículo 25(1) del Convenio del CIADI (relativa al consentimiento) se debe considerar cumplida. Para que el artículo 25(1) sea aplicable, solo se requiere que las diferencias hayan surgido directamente de una inversión entre el Estado Contratante y un ciudadano de otro Estado Contratante en el Convenio y no es necesaria “manifestación adicional o ad hoc alguna de consentimiento de la jurisdicción del Centro.”<sup>29</sup>

Aunque en general, el consentimiento de los Estados al arbitraje del CIADI se otorga a través de tratados bilaterales de inversión, y con menor frecuencia por medio de leyes nacionales, el caso del *Southern Pacific* fue un ejemplo destacado de una ley que otorgó dicho consentimiento,<sup>30</sup> de manera que siendo el artículo 22 de la Ley de

---

descritos en la misma, en orden jerárquico, cuando dichos métodos fuesen aplicables” y concluyó que “el artículo 8 fue una manifestación legal suficiente de consentimiento por escrito a la jurisdicción del Centro y que no se requería consentimiento escrito ad hoc por separado alguno”. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Resumen del fallo sobre jurisdicción del 14 de abril de 1988, 3 informes ICSID 106.

<sup>29</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 286-287

<sup>30</sup> Por lo tanto, no es de extrañar que las legislaciones similares aprobadas en otros Estados hayan “recibido menos atención por parte de profesionales, académicos y organizaciones internacionales encargadas de cuestiones jurídicas y políticas relacionadas con las inversiones extranjeras”. Véase Ignacio Suarez Ansorena, “Consentimiento para el arbitraje en las Leyes de Inversiones Extranjeras” en I. Laird and T. Weiler (Eds.), *Arbitraje del Tratado de inversión y el Derecho Internacional*, Vol 2, JurisNet LLC 2009, p. 63, 79. En Venezuela, el primer debate general académico sobre la Ley de Inversiones de 1999 fue promovido por la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, en el Seminario mencionado anteriormente que se



Inversiones similar al de la ley egipcio, estimamos que en el mismo también se había incluido el consentimiento del Estado; apreciación con la cual, por lo demás, otros autores han estado de acuerdo, aun cuando hay otros que no concuerdan con esta opinión.<sup>31</sup>

---

celebró en 2005. Es importante señalar que la constitucionalidad de la ley fue ratificada en 2001 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>31</sup> De acuerdo véase, por ejemplo, Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 392. Otros comentaristas también han llegado a la misma conclusión acerca de la similitud entre el artículo 8 de la Ley N° 43 de Egipto y el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela de 1999. Véase, por ejemplo, Victorino Tejera Pérez, “Las leyes municipales de inversión, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, en Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 104-105; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 175. Esta tesis fue luego publicada con el título *Arbitraje de inversiones en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012. Las citas que se hacen a dicho trabajo corresponden a las páginas de la tesis, Véase también Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002 (ISSN 1870-4654). <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cm/>; Guillaume Lemenez de Kerdelleau, “State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law” en *TDM*, Vol. 4, Issue 3, June 2007; M.D. Nolan and F.G. Sourgens, “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study” en *TDM*, Provisional Issue, September 2007. // En desacuerdo véase por ejemplo, Omar E. García-Bolívar, “El arbitraje en el marco de la ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones” en *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, N° 26, Caracas 2008, pp. 313 ss; y más recientemente, Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 123 ss. Sansó, en particular, critica nuestra opinión, pp. 146-148.

Por otra parte, dicha interpretación resultaba específicamente de la redacción concreta que se le dio al artículo 22 de la Ley de Inversiones, teniendo en cuenta y en el marco de la política definida por el Congreso y el Ejecutivo Nacional de Venezuela en 1999, con el fin de promover y proteger las inversiones internacionales. Dicho artículo 22 de la Ley de Inversiones en efecto expresó el consentimiento del Estado venezolano a someterse a controversias de arbitraje internacional en materia de inversión internacional, de la siguiente manera:

*“Artículo 22.* Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.”

Al analizar el texto de esta norma en su totalidad y no solo en sus partes por separado, tomando en cuenta su redacción, la conexión de las palabras utilizadas entre sí, y el sentido que en ese momento tenía la legislación venezolana sancionada simultáneamente por el Gobierno a favor del arbitraje, la única conclusión razonable era que el artículo 22 fue una expresión de una oferta general de consentimiento por parte del Estado venezolano de someter las diferencias relativas a inversiones de los inversionistas internacionales a un arbitraje internacional, dando a los inversionistas internacionales, a su voluntad, la opción de recurrir a los tribunales nacionales.

La necesidad de analizar la redacción de una ley en su contexto general es un principio establecido del derecho venezolano, por lo que conforme al artículo 4 del Código Civil, la manifestación del consentimiento al arbitraje internacional contenido en el artículo 22 de la Ley de Inversiones, era el resultado del significado propio de las palabras utilizadas en la disposición, considerada dentro del contexto general de la misma, y no solo de una parte de ella. En esta forma, la frase “serán sometidas al arbitraje internacional” que se utilizó en la

disposición es una expresión imperativa o de comando, que refleja el carácter obligatorio del artículo 22. La frase “si así éste lo establece” significa que dicho imperativo del artículo 22 estaba sujeto a una condición en el sentido de que se aplicaba si el respectivo tratado o acuerdo (el artículo 22 se refería a otros tratados junto con el Convenio del CIADI) contenía disposiciones que establecían un marco para el arbitraje internacional, es decir, “establece el arbitraje.”<sup>32</sup>

Esta condición del artículo 22 de la Ley, por tanto, se satisfacía por lo que al Convenio del CIADI se refería, en la oferta abierta del consentimiento que se expresó en el artículo 22 la cual se confirmaba en su última frase, que era la aclaratoria de que el inversionista tenía el derecho de aceptar la oferta de arbitraje “sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.” La combinación de todos estos factores proporcionaban a los inversionistas internacionales la posibilidad de decidir de manera unilateral, a su voluntad, presentar las controversias particulares a arbitraje internacional o presentarlas ante los tribunales nacionales. Teniendo en cuenta el imperativo incluido en la primera parte del artículo, la opción que tenía el inversor solo podía existir y tener sentido si el Estado ya había dado su consentimiento al arbitraje internacional en virtud de la ratificación por el Estado del Convenio del CIADI.

El artículo 22 de la Ley de Inversiones como expresión de un consentimiento unilateral del Estado de someter las controversias con los inversionistas internacionales ante la jurisdicción de arbitraje del CIADI, en mi criterio fue intencionalmente incluido por el Ejecutivo Nacional, que en este caso actuó como legislador al promulgar el Decreto Ley N° 356 del 3 de octubre de 1999. Esa intención del Ejecutivo Nacional, por lo demás, también fue coherente con la política general definida por el Gobierno en el momento de su promulgación con el fin de atraer y promover las inversiones internacionales en el país, lo

---

<sup>32</sup> Véase Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, pp. 95; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 175.

que además condujo, al mismo tiempo, a la redacción del mandato constitucional del artículo 258 de la Constitución de 1999, que impuso a todos los órganos del Estado (no solo a los órganos legislativos, sino también a los judiciales)<sup>33</sup> la tarea de promover el arbitraje, razón por la cual otras leyes, también conforme al principio pro arbitraje, se expidieron en el mismo momento.<sup>34</sup>

Lo que en nuestro criterio es absolutamente claro y resulta de lo mencionado anteriormente, en relación con el contenido del artículo 22 de la Ley de Inversiones, era que la referencia que contenía con respecto al arbitraje internacional del CIADI no era una mera declaración de principios, o una “mera referencia en una ley nacional al CIADI”, como lo sugirió la sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1541 de 2008.<sup>35</sup> Es decir, el artículo 22 de la Ley de Inversiones no se podía considerar como un simple reconocimiento de la posibilidad de resolución de diferencias mediante arbitraje, sino que más bien equivalía a la una oferta del Estado a favor de la jurisdicción arbitral.

Como se dijo, el arbitraje, como medio de resolución de diferencias, se incluyó en muchas otras leyes adoptadas por el Gobierno en los mismos meses de sanción de la Ley de Inversiones, y en esta misma, además, se incluyeron otras referencias a la posibilidad de arbitraje. En efecto, además del artículo 22, el arbitraje también se contempló en el artículo 18.4 de la Ley respecto a los contratos de estabilidad jurídica. Así, a raíz de las regulaciones de 1998 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Estado y un inversionista internacional podían establecer el

---

<sup>33</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 27

<sup>34</sup> *Idem.* p. 31. Véase también Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 66-67.

<sup>35</sup> Otros autores han expresado la misma crítica a esta sentencia. Véase, por ejemplo, Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, p. 156.

mecanismo de arbitraje en un acto bilateral (el contrato de estabilidad jurídica) como medio para resolver las controversias contractuales. El arbitraje también se preveía en el artículo 21 de la Ley de Inversiones en relación con la solución de controversias relativas a la ley de inversión que pudieran surgir entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional. Cuando los medios diplomáticos fallaran, la Ley imponía la obligación al Estado de procurar la presentación de las diferencias ante un Tribunal Arbitral, cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de costo debían negociarse en un acto bilateral con el otro Estado. En estos dos primeros casos, con el fin de proceder con el arbitraje, la Ley establecía claramente la necesidad de un acto bilateral separado que se negociara entre las partes.

Por el contrario, en las otras dos disposiciones de la Ley de Inversiones que preveían el arbitraje, los artículos 22 y 23, el Estado proporcionó su consentimiento para el arbitraje de antemano como una oferta abierta, de la misma manera como se preveía en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión. El artículo 22 también utilizó una redacción similar de que las controversias “serán sometidas” a arbitraje internacional, tal como se utilizaba en muchos de los tratados bilaterales de inversión anteriores a 1999. Tanto la Ley de Inversiones como los tratados bilaterales de inversión preveían que los inversionistas, a su voluntad, podían optar de manera unilateral por ir a arbitraje o recurrir a los tribunales nacionales.<sup>36</sup> En el caso del artículo 22, como se mencionó anteriormente, el Estado expresó con antelación, como oferta abierta, su consentimiento para ir a arbitraje internacional sujeto a la única condición de que los tratados, convenios o acuerdos previeran mecanismos arbitrales o un marco para el arbitraje internacional.

Esta interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones como contenido de una manifestación unilateral por escrito del consentimiento de la República de Venezuela a presentar las diferencias con los

---

<sup>36</sup> Véase al respecto Tatiana B. de Maekelt, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 340-341.

inversionistas internacionales a la jurisdicción de arbitraje del CIADI, por otra parte, es compartida por la mayoría de los autores venezolanos<sup>37</sup> así como muchos autores extranjeros.<sup>38</sup> En tal sentido, por ejemplo, Bracho Gherzi expresó en 2007 que la Ley de Inversiones no dejaba “duda alguna sobre la viabilidad del arbitraje para resolver controversias entre Estados e inversionistas extranjeros.... [ya que] establece de una manera muy clara que el inversor, en caso de controversia, tiene la posibilidad de optar entre recurrir al medio judicial ordinario o al CIADI, siempre que (i) Venezuela y el país del que los inversores son nacionales hayan firmado un tratado sobre promoción y protección de inversiones, o (ii) las disposiciones del Convenio Constitutivo del

---

<sup>37</sup> Véase por ejemplo Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 388; Eugenio Hernández Bretón, “Protección de inversiones en Venezuela” en *Revista DeCITA, Derecho del Comercio Internacional, Temas de Actualidad, (Inversiones Extranjeras)*, N° 3, Zavalía, 2005, pp. 283-284; José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Caracas 2007, pp. 214-215; José Gregorio Torrealba R, *Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en Venezuela*, Funeda, Caracas 2008, pp. 56-58, 125-127; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, *loc. cit.* pp. 90, 101, 109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, cit. pp. 162, 171, 173, 177, 193. Una excepción a la opinión mayoritaria la constituye las expresadas por Omar E. García-Bolívar, “El arbitraje en el marco de la ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones” en *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, N° 26, Caracas 2008, pp. 313 ss; y más reciente por, Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 123 ss. Sansó, en particular, critica nuestra opinión, en pp. 146-148.

<sup>38</sup> Véase por ejemplo Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002; Guillaume Lemenez de Kerdelleau, “El consentimiento del Estado al arbitraje del CIADI: el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela” en *TDM*, Vol. 4, N° 3, junio de 2007.

Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, OMGI (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, MIGA) o del Convenio del CIADI sean aplicables, en cuyo caso (en nuestra opinión) el país de nacionalidad del inversor también debe haber firmado y ratificado al menos uno de dichos convenios.”<sup>39</sup>

Es cierto, como se verá más adelante que dos tribunales del CIADI (en los casos CIADI *Mobil* y *Cemex*) decidieron en sentido divergente exclusivamente aplicable a los casos debatidos, pero de los mismos no se podía deducir en general que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituyera un consentimiento general otorgado por la República para arbitrar las diferencias relativas a inversiones ante el CIADI.

Por otra parte, como el Convenio del CIADI no preveía en sí mismo consentimiento alguno al arbitraje del CIADI, sino que requería un instrumento independiente de consentimiento, la condición que se establecía expresamente en el artículo 22 se cumplía precisamente con la formulación en el mismo de la oferta de arbitraje. Es decir, del artículo 22 se deducía que la condición establecida en el mismo solo se refería a la necesidad de que en los convenios o tratados hubiese previsiones sobre mecanismos de arbitraje, y no a que fuera necesario siempre un consentimiento por separado como se requería, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Ley de Inversiones de 1999. Adoptar una interpretación contraria equivalía a aceptar, de forma tautológica inadmisiblemente, que el derecho concedido a los inversionistas para optar entre acudir al arbitraje o recurrir ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en realidad no era tal derecho y por tanto que no se permitía al inversionista a elegir entre dichas opciones, lo que haría que la aclaratoria de la última frase del artículo 22 no tuviera sentido alguno.<sup>40</sup> Dicha aclaratoria, en efecto, otorgaba al inversionista un derecho, como

<sup>39</sup> Véase Juan C. Bracho Ghersi, “Algunos Aspectos fundamentales del Arbitraje Internacional,” en *Cuestiones actuales del Derecho de la empresa en Venezuela*, Grau, García, Hernández, Mónaco, Caracas 2007, pp. 18.

<sup>40</sup> Véase Victorino Tejera Pérez, “Arbitraje de Inversiones”, Tesis de maestría, p. 190; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, pp. 107. Véase también Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano”, *loc. cit.* pp. 141-168.

una opción absoluta, a recurrir o no de manera unilateral, a su voluntad, al arbitraje internacional; derecho que únicamente podía otorgarse si la primera parte del artículo era una manifestación unilateral de consentimiento, formulada como una oferta abierta concedida por el Estado. Esto significa que cuando todos los términos del artículo 22 (incluidos los que se utilizan en la última frase del mismo: “sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”) se contrastaban con los del artículo 23 de la misma Ley, se constataba que la redacción utilizada en el artículo 22 era mucho más determinante que la del artículo 23, el cual también contenía un consentimiento unilateral al arbitraje por parte de la República.

Tanto el artículo 22 como el artículo 23 daban a los inversionistas la opción de presentar las controversias que surgieran bajo la Ley de Inversiones, a arbitraje. En el caso del artículo 22, al arbitraje internacional o ante los tribunales venezolanos y en el caso del artículo 23, ante los tribunales venezolanos o ante los tribunales arbitrales venezolanos. En ambos casos, la decisión que se tomase dependía de la elección de los inversionistas.

En definitiva, consideramos que el artículo 22 de la Ley de Inversiones contenía una expresión de consentimiento expreso al arbitraje otorgado por el Estado, y eso era precisamente lo que proporcionaba a los inversionistas internacionales la posibilidad de iniciar un arbitraje ante el CIADI o de recurrir a los tribunales venezolanos, de lo que resultaba que el texto no dejaba duda alguna de que Venezuela consintió a que se llevasen las controversias a arbitraje ante el CIADI. Y esto fue precisamente lo más importante de lo resuelto en las sentencias de tres tribunales del CIADI que decidieron sobre el tema, en los casos *Mobil*, *Cemex* y *Brandes*, en las cuales se consideró que el artículo 22 efectivamente contenía una declaración unilateral del consentimiento otorgado por el Estado venezolano de presentar las diferencias a arbitraje internacional sometida a una condición, aun cuando, como se analiza más adelante, resolvieron que en los casos concretos resueltos, no se había comprobado la intención del Estado al expresar dicho consentimiento.

En nuestro criterio, la sanción de la Ley de Inversiones por parte del Gobierno en 1999 tuvo la clara intención de servir como instrumento



para el desarrollo y la promoción de la inversión privada (extranjera y nacional) en Venezuela, de conformidad con el mandato incluido en paralelo en la Constitución de 1999 para promover los mecanismos alternativos de resolución de diferencias. Para tal efecto, el artículo 22 de la Ley de Inversiones ofreció la garantía de que la resolución de controversias relativas a inversiones mediante el arbitraje era un medio para su promoción, proporcionándole al inversor la opción de recurrir a un arbitraje internacional o a los tribunales nacionales. Es por ello que el Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), que era una asociación mixta público-privada para la promoción de la inversión privada en el país, constituida por el Procurador General de la República en 1990<sup>41</sup> en su Informe de marzo de 2000 sobre “el Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Venezuela” dedicó un capítulo entero a examinar los distintos tipos de arbitraje establecidos en el sistema jurídico que se ofrecieron a los inversionistas para la resolución de controversias relativas a inversiones, repitiendo los mismos términos y palabras que se utilizaron en la ley.<sup>42</sup>

En este contexto, los tribunales del CIADI en las decisiones de los casos *Mobil* y *Cemex* se pronunciaron sobre si el artículo 22 daba su consentimiento en dichos casos, pero no como una apreciación universal aplicable a todas las circunstancias, habiendo sido la conclusión de los Tribunales que el artículo 22 “no proporciona base alguna para la jurisdicción del Tribunal en el presente caso”. En este sentido, el fallo del tribunal del CIADI en el caso *Brandes* también debe mencionarse ya que, sin razonamiento, argumento o motivación alguna y sin explicar lo que resultaba de “los párrafos” de su sentencia, no solo copió y ratificó la conclusión mencionada anteriormente de los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, sino que fue más allá, al proclamar de manera general y universal, y no sólo para el “caso presente”, que “es evidente que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones no contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI” (Párr. 118). Dada la falta de motivación

---

<sup>41</sup> Decreto N° 1102 publicado en el *Gaceta Oficial* N° 34.549 de 1990.

<sup>42</sup> Véase Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), *Régimen Legal para la Inversión Extranjera en Venezuela*, Caracas marzo 2000, pp. 29-36.

para esta expansión, la sentencia del caso *Brandes* en nuestra opinión, es irrelevante para una interpretación sobre el contenido real de la Ley de Inversiones, como lo argumentamos con mayor detalle más adelante.

En resumen, luego de haber estudiado el asunto en detalle y desde el punto de vista del derecho público venezolano, y luego de haber leído las sentencias antes mencionadas de los tribunales del CIADI que interpretaron el artículo 22 de la Ley de Inversiones (es decir, los casos *Mobil*, *Cemex* y *Brandes*), he seguido convencido de mi opinión anterior de 2005 en el sentido de que desde el punto de vista de la ley nacional venezolana, el artículo 22 de la Ley de Inversiones contenía una expresión del consentimiento del Estado que se otorgó como una oferta abierta para presentar las diferencias relativas a inversiones a arbitraje internacional y, en particular, al arbitraje del CIADI, lo que dejaba en manos de los inversionistas internacionales el derecho a decidir de manera unilateral recurrir a un arbitraje o a los tribunales nacionales.

2. *Interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones como declaración unilateral de consentimiento del Estado de acuerdo con los principios de interpretación de la ley*

El artículo 22 de la Ley de Inversiones, como se desprendía de su redacción y como lo admitió el tribunal del CIADI en el caso *Mobil*, (Párr. 103), era una previsión “compuesta” que contenía una serie de partes: la primera, relativa a los tratados bilaterales o multilaterales sobre la promoción y protección de las inversiones; la segunda, se ocupaba del Convenio del OMGI; y la tercera, se ocupaba del Convenio del CIADI.<sup>43</sup> Debido a que el artículo 22 se centraba en tres conjuntos diferentes de tratados o acuerdos, contemplándolos a todos al mismo tiempo, debía interpretarse de la misma manera que otras disposiciones legales.

Por su contenido compuesto, en todo caso, no era de extrañar que la norma no siguiera modelo o patrón alguno para expresar consentimiento

---

<sup>43</sup> Véanse las distintas alternativas de aplicación del artículo 22 de la Ley de Inversiones, Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, *loc. cit.* pp. 92-94; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, cit. pp. 166-170.

estatal, como los que se pudieron haber seguido en otras legislaciones nacionales o en previsiones internacionales que se ocupaban solo del consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Por ello, en nuestro criterio, no tenía sentido sacar conclusiones a partir de una comparación entre el artículo 22 y las expresiones de consentimiento al arbitraje que pudiera haber en los “tratados bilaterales de inversión ejecutados por Venezuela.” Éstos, formulados entre por dos partes, eran el producto de un intercambio de propuestas que se negocian entre ellas, por lo que, aunque el Estado haya sabido formular consentimiento obligatorio al arbitraje internacional en los mismos, nada impedía que hubiera usado otra fórmula para ello en la Ley de Inversiones. Dicha elección no significaba que no hubiera consentimiento alguno, y en todo caso, el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 no era un tratado bilateral, ni fue producto de una negociación con otro Estado. Era una parte de la legislación nacional, por lo demás única, ya que fue la primera vez en la historia legislativa reciente de Venezuela que el Estado, en una ley interna, expresó el consentimiento unilateral al arbitraje internacional. En definitiva, bajo dicha perspectiva, la República no tenía experiencia previa en la elaboración de este tipo de ley.

Es por ello que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no podía, en principio, interpretarse solo por comparar su contenido con todo tipo de acuerdo bilateral establecido y con cláusulas negociadas para el arbitraje que se incluyeran en los tratados bilaterales de inversión o en “cláusulas modelo” que debían ser negociadas por dos Estados contratantes que se hubieran propuesto internacionalmente como “cláusulas de consentimiento”. Sin embargo, debido a que los objetivos expresados en el artículo 1 de la Ley de Inversiones eran “en general comparables a los de los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y se reflejan en el texto de la propia ley” que contenía disposiciones “comparables a aquellas incorporadas a los tratados bilaterales de inversión” (tal como se expresó en la sentencia del caso *Mobil* del CIAD (Párr. 121, 122; y en el caso *Cemex*, Párr. 119), la oferta unilateral abierta de consentimiento por parte del Estado al arbitraje contenida en los tratados bilaterales de inversión y en la Ley de Inversiones eran de suma importancia. Aunque el caso *Mobil* no mencionó este aspecto de

la Ley de Inversiones, el artículo 22, sin duda, representaba una expresión de consentimiento que proporcionaba a los inversionistas internacionales la opción de aceptar o rechazar la oferta del Estado.<sup>44</sup>

En el caso *Cemex*, el Tribunal del CIADI observó que en todos los tratados bilaterales de inversión firmados por Venezuela antes de 1999, siempre se incorporó una “cláusula de arbitraje obligatorio” (Párr. 120), pero no comparó dichas soluciones con la que se incluyó en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. Por otra parte, tanto la Ley de Inversiones como los tratados bilaterales de inversión también establecían el derecho de los inversionistas internacionales a aceptar unilateralmente la oferta de arbitraje o a recurrir a los tribunales nacionales con el fin de resolver las diferencias relativas a inversiones. Esto era válido en los términos del artículo 4 del Código Civil. Incluso si no se aplicaba la analogía entre los tratados bilaterales de inversión y la Ley de Inversiones, al contrario de lo que se afirmó en los casos *Mobil* y *Cemex* del CIADI, era perfectamente posible, si se usaban las mismas palabras de dichas sentencias (Párr. 123; y Párr. 120, respectivamente), llegar a la conclusión de que a partir de la ley en su conjunto, el artículo 22 debía interpretarse en el sentido de que establecía el consentimiento por parte de Venezuela de presentar las controversias al arbitraje del CIADI, en particular si no se ignoraba la aclaratoria de la última parte del artículo 22 (“sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”).

Ambos fallos de los tribunales del CIADI, de manera incomprensible, ignoraron esta aclaratoria, lo que equivale a considerarla como carente de sentido. El hecho de que los fallos en los casos *Mobil* y *Cemex* no la hubieran considerado al interpretar el artículo 22, ni le hubieran dado alguna interpretación significativa, en efecto, equivalía a considerar el texto como si no tuviera sentido, lo que no podía aceptarse bajo la ley venezolana.

---

<sup>44</sup> Como lo indica Tatiana B. de Maekelt, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación,” *loc. cit.*, pp. 340-344; Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI,” *loc. cit.*, p. 357; José Gregorio Torrealba, *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela*, *cit.* pp. 128-129.

Por otra parte, el hecho de que otros Estados hubieran redactado leyes nacionales que contenían la expresión de consentimiento de una manera diferente a la forma elegida por la República, no podía significar que la República no hubiera manifestado su consentimiento expreso e inequívoco para someter las controversias a arbitraje en el artículo 22 de la Ley. Es decir, la forma de legislar en otros Estados no puede demostrar nada específico respecto a la forma cómo en Venezuela se redactan las leyes. Con el fin de interpretar correctamente disposiciones compuestas como la del artículo 22 de la Ley de Inversiones, debían utilizarse las normas y los instrumentos que se establecían en el ordenamiento jurídico de Venezuela; y si se quería comparar la Ley de Inversiones con las leyes de otros Estados, lo que podía era identificarse una que en realidad fuera similar a la Ley de Inversiones, como fue el caso de la ley egipcia antes mencionada, y que incluso se analizó en un fallo de un tribunal CIADI, en la cual se consideró que se expresaba unilateralmente el consentimiento del Estado al arbitraje internacional.

En consecuencia, de acuerdo con la legislación venezolana, el artículo 22 no debía interpretarse en función de un patrón o modelo internacional, sino de acuerdo con su propia estructura y términos, teniendo en cuenta su carácter compuesto y el propósito de su promulgación. Además, como todas las leyes, debía interpretarse en armonía o en conformidad con la Constitución,<sup>45</sup> y con la tendencia pro-arbitraje existente en Venezuela en 1999, cuando fue promulgada, que el nuevo Gobierno había desarrollado y promovido ampliamente.

Era evidente que debido a que se trataba de un instrumento de la legislación nacional que expresaba el consentimiento del Estado al arbitraje internacional, también podía interpretarse de acuerdo con los convenios internacionales aplicables y con las normas del derecho internacional que regían las declaraciones unilaterales de los Estados.

---

<sup>45</sup> Este es un principio generalmente aceptado en el sistema de revisión judicial venezolano. Véase José Peña Solís, “La interpretación conforme a la Constitución,” *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001. En cuanto a la aplicación de este principio en materia de arbitraje, Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” *loc. cit.*, pp. 31; Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI,” *loc. cit.*, p. 390.

Sin embargo, tratándose de una ley nacional, básicamente el artículo 22 de la Ley de Inversiones debía interpretarse conforme a las reglas de interpretación y construcción de las leyes del derecho venezolano, particularmente las establecidas en el artículo 4 del Código Civil, debiendo en tal sentido leerse en todo su contenido, teniendo en cuenta su contexto, propósito y la intención del legislador.<sup>46</sup>

El artículo 4 del Código Civil establece en efecto, que el intérprete debe atribuir a la ley el sentido que parece evidente a partir del significado propio de las palabras, de acuerdo con su conexión entre sí y la intención del legislador, precisando luego, que “cuando no existe disposición precisa alguna de la Ley, las disposiciones que regulan casos semejantes o cuestiones análogas deberán tenerse en cuenta; y si las dudas persisten, deberán aplicarse los principios generales de la ley”. Estos elementos de interpretación de las leyes, de acuerdo con la sentencia N° 895 del 30 de julio de 2008 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pueden reducirse a cuatro elementos relevantes, que son los que deben tenerse en cuenta en la interpretación de las disposiciones legales:<sup>47</sup> El primer elemento es el literal, gramatical o filológico, que siempre debe ser el punto de partida de toda interpretación. El segundo elemento de interpretación es el lógico, racional o razonable, que tiene por objeto determinar la razón de ser de la disposición dentro del ordenamiento jurídico. El tercer elemento es el histórico, a través del cual una disposición legal se analizará en el contexto de la situación fáctica y jurídica en el momento de su adopción o modificación y a partir de su evolución histórica. El cuarto elemento es el sistemático, que requiere que el intérprete analice la disposición como una parte integral del sistema en cuestión. La Sala

---

<sup>46</sup> Como ya se mencionó, el Tribunal del caso Mobil del CIADI interpretó el artículo 22 sobre la base de las “normas del derecho internacional que rigen la interpretación de los actos unilaterales que se formularon en el marco y sobre la base de un tratado” (Párr. 95), aunque consideró que la legislación nacional no debe “ignorarse completamente” ya que tiene que “desempeñar un papel útil” en relación con “la intención de que el Estado haya formulado dichos actos” (Párr. 96) Véase también el caso Cemex del CIADI (Párr. 88, 89) y el caso Brandes del CIADI (Párr. 36).

<sup>47</sup> Véase *Revista de Derecho Público*, N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 468 y ss.

Político-Administrativa señaló que la interpretación de las leyes de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil no es una cuestión de elegir entre los cuatro elementos, sino de aplicarlos juntos, aunque no todos los elementos sean de igual importancia.<sup>48</sup> Además, el Tribunal Supremo de Justicia ha identificado a otros dos elementos para la interpretación: el teleológico (es decir, la necesidad de identificar y comprender los objetivos o propósitos sociales que llevaron a que la ley se aprobara) y el sociológico, que ayuda a comprender la disposición en el contexto de la realidad social, económica, política y cultural donde el texto se aplicará.

3. *La obligación de acudir al arbitraje internacional expresada en el artículo 22 de la Ley de Inversiones*

Como se analizará más adelante, cuando el texto del artículo 22 se interpretaba de acuerdo con las normas de interpretación establecidas en el artículo 4 del Código Civil, el sentido que evidentemente se desprendía del significado propio de las palabras utilizadas, de acuerdo

---

<sup>48</sup> Contrariamente a lo establecido en el artículo 4 del Código Civil de Venezuela y con las normas indicadas por el Tribunal Supremo, el tribunal del CIADI en el caso Brandes supuestamente interpretó el artículo 22 de la Ley de Inversiones “de acuerdo con los parámetros establecidos por el sistema legal de la República” (Párr. 36. Sin embargo, el tribunal siguió un enfoque diferente, aplicando lo que se conoce como un “análisis inicial” de los elementos mencionados en el artículo 4 del Código Civil: en primer lugar el “análisis puramente gramatical” y “si este análisis inicial no define claramente el sentido de la disposición, entonces es necesario examinar el contenido...” (Párr. 35). Este enfoque no está de acuerdo con los principios de interpretación de la ley que deben aplicarse siempre juntos. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en una sentencia más reciente, N° 1067 del 3 de noviembre de 2010 (Caso Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.), se ha pronunciado con respecto a los elementos para la interpretación que se derivan del artículo 4 del Código Civil, y ha manifestado que “los elementos normativos deben armonizarse en su conjunto, en el sentido de que uno no debe ignorar a los otros, sino que todos deben tenerse en cuenta para hacer una correcta valoración del contenido del texto legal” (pp. 39 de 60). Véase el texto de la sentencia en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 385-457.

con su conexión y con la intención del legislador era que dicha norma expresaba el consentimiento unilateral de la República de Venezuela para la presentación de las controversias sobre inversiones ante el Centro de arbitraje del CIADI, lo que proporcionaba a los inversionistas cualificados el derecho a decidir si daban su propio consentimiento aceptando el del Estado o si decidían recurrir ante los tribunales venezolanos.

En la frase “serán sometidas al arbitraje internacional”, el tiempo verbal indicaba que se trataba de una expresión imperativa. Dicha frase expresaba el hecho de que el arbitraje internacional de controversias era un sistema obligatorio, en el sentido de que, una vez que ha sido debidamente invocado por la otra parte en una diferencia, la República de Venezuela tenía el deber o la obligación de cumplir con las normas procesales aplicables y atenerse a la sentencia del tribunal arbitral. En definitiva, se trataba de una declaración unilateral expresa de consentimiento al arbitraje del CIADI otorgada libremente con anticipación por la República de Venezuela; o, en palabras del Tribunal del CIADI en el caso *Mobil*, el artículo 22 “crea una obligación condicional” de recurrir al arbitraje (Párr. 102). Como se analizará más adelante, ninguno de los otros aspectos del texto o de los otros elementos de interpretación conducían a una conclusión diferente.

La parte del artículo 22 que se refería al Convenio del CIADI terminaba con la frase “si así éste lo establece,” la cual interpretada de acuerdo con el significado propio de las palabras utilizadas, de acuerdo con su relación con la totalidad de dicha sección y en línea con la intención del legislador, lo que indicaba era la necesidad de que el “tratado o acuerdo correspondiente” contuviera las disposiciones que establecen el arbitraje internacional<sup>49</sup> a fin de que la orden anterior expresa (que debía presentarse) pudiera ejecutarse; y para que la última parte del artículo que proporcionaba la opción al inversor internacional

---

<sup>49</sup> En este sentido, Victorino Tejera Pérez considera que la expresión “si éste así lo establece” significa “si éste [el tratado o acuerdo correspondiente] establece el arbitraje”. Véase Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, *loc. cit.* p. 95; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *cit.* p. 170.



de decidir recurrir al arbitraje internacional o no, tuviera efectividad. Como el Convenio del CIADI precisamente lo que establecía era un marco o un sistema de arbitraje internacional para el arreglo de controversias relativas a inversiones, la condición “si éste así lo establece” podía considerarse claramente satisfecha en el caso de la parte del artículo 22 que se refería al Convenio del CIADI.

La interpretación formulada por algunos autores<sup>50</sup> en el sentido de considerar que el artículo 22 de la Ley era solo un reconocimiento de la existencia del arbitraje internacional, como el previsto en el Convenio del CIADI, pero sin que ello significase consentimiento del Estado, el cual siempre debía darse en un instrumento por separado, consideramos que era contraria a la redacción del artículo, a la relación de las palabras utilizadas en el mismo, teniendo en cuenta la totalidad de su texto y la intención del Ejecutivo Nacional al promulgar la ley. En particular, interpretar la expresión “si éste así lo dispone” en el artículo 22, en el sentido de “si el tratado o acuerdo correspondiente dispone de acuerdo con sus términos, que la diferencia se debe presentar a arbitraje internacional” significaba hacer caso omiso de la última parte del artículo en la que se le otorgaba un derecho a los inversionistas internacionales de optar unilateralmente por el arbitraje internacional o de recurrir a los tribunales nacionales. Esta aclaratoria de la última frase del artículo no tenía sentido alguno, si la condición establecida en la disposición se refería a la necesidad de que un consentimiento fuera obligatoriamente establecido en el tratado o acuerdo correspondiente. Esto era particularmente cierto debido a que el hecho de interpretar la frase “si éste así lo establece” como equivalente de “si el Convenio del CIADI establece el consentimiento” convertía esta frase en una condición imposible, que no podía cumplirse (ya que la ratificación de dicho Convenio en sí mismo no constituía consentimiento), privando al artículo 22 de todo efecto significativo. Esa interpretación, además, era gramaticalmente errónea. Era incorrecto interpretar la frase “si éste así lo establece” como un requisito de que el consentimiento del Estado que se contemplaba en la Ley debía incorporarse en el Convenio del CIADI, ya que “así” no podía referirse a un término (“consentimiento”) que no

---

<sup>50</sup> Véase Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010.

se utilizaba en la frase anterior de la norma que contenía la orden (“serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo”). Además, no era razonable interpretar que el artículo 22 lo que buscaba era que el Convenio del CIADI proporcionase el consentimiento que el mismo artículo 22 otorgaba.

La última parte del artículo 22 (“sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”) era una confirmación de que el artículo 22 era una expresión de consentimiento al arbitraje, en el sentido de que tal expresión unilateral de consentimiento del Estado contenida en el artículo 22 no impedía que el inversor pudiera utilizar a su discreción, como su derecho, los recursos de ámbito internos para la solución de controversias. Por el contrario, dicha parte del artículo confirmaba el consentimiento unilateral concedido por el Estado como una oferta abierta que podía ser aceptada o no, a su voluntad, por parte del inversionista. Si el artículo 22 era una mera declaración de la voluntad del Estado de llegar a un acuerdo de arbitraje en un documento separado en lugar de una firme expresión de consentimiento al arbitraje por parte del Estado, no habría habido necesidad de aclarar en su última parte que el artículo 22 no privaba al inversionista de su derecho a recurrir a los recursos internos.

4. *Los esfuerzos realizados desde el año 2000 con el fin de cambiar el sentido del artículo 22 de la Ley de Inversiones por medio de interpretación judicial, sin reformar la ley*

Precisamente por el hecho de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones constituía una declaración unilateral de consentimiento del Estado para el arbitraje internacional, desde que el Ejecutivo Nacional sancionó el decreto Ley de la Ley de Inversiones en 1999, comenzaron los intentos desarrollados por interesados opuestos a tal manifestación de voluntad, que eran contrarios a la política pro arbitraje que había definido el Gobierno y que adversaban el principio de inmunidad relativa de jurisdicción en materia de arbitraje,<sup>51</sup> para obtener una

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 324,

interpretación diferente por parte de los tribunales venezolanos. Tras varios esfuerzos fallidos, el propio Gobierno de Venezuela presentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso para la interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución, produciéndose en tiempo récord la sentencia N° 1.541 el 17 de octubre de 2008 de interpretación efectiva del Artículo 22 de la Ley de Inversiones.<sup>52</sup>

Antes, sin embargo, el mismo Tribunal Supremo había dictado otras sentencias previas en relación, precisamente con el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 que deben analizarse.

A. *El primer intento en 2000, de cambiar el sentido del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 por medio de una acción popular que cuestionaba su constitucionalidad y buscaba su anulación*

El primer caso presentado ante el Tribunal Supremo en conexión con el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 fue una acción de inconstitucionalidad presentada ante la Sala Constitucional por dos reconocidos abogados, impugnando los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999. La Sala Constitucional al decidir la acción

---

437, 438, 441, 443, 444; Luis Brito García, “Régimen constitucional de los contratos de interés público,” en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 50, Contraloría General de la República, Caracas 1968, pp. 124-126.

<sup>52</sup> Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.541 del 17-10-2008 en <http://www.tsj.go.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>, pp. 10-14; y en Gaceta Oficial N° 39.055 de 10-11-2008. Las referencias a las páginas que se hacen en esta parte se refieren al texto publicado en la página web del Tribunal Supremo. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 53-121.

mediante sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001, la declaró sin lugar, ratificando la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas.<sup>53</sup>

Tal como se reseñó en el texto de la sentencia de la Sala, los demandantes basaron su solicitud argumentando que el Artículo 22 por ser una disposición de “aplicación vinculante” se oponía a los artículos 157 y 253 de la Constitución, ya que “busca autorizar que los particulares dejen de lado la aplicación de las disposiciones del derecho público venezolano, a favor de organismos arbitrales que, como es de público conocimiento, aplican criterios de equidad de manera libre sin seguir necesariamente las disposiciones del derecho positivo”. (pp. 3, 4, 5). El recurso intentado también se basó en el hecho de que el Artículo 23 de la Ley de Inversiones también era de “aplicación vinculante”, lo que “también resulta inconstitucional ya que busca autorizar que se deje de lado la administración de la justicia, lo que obliga a la aplicación precisa de las disposiciones de orden público, en favor de recurrir a ‘Tribunales Arbitrales’, que en su condición de árbitros podrían dejar de lado las disposiciones de orden público que son soberanas y no negociables [...]”. (pp. 3, 4, 5, 21).

Con base a estas expresiones era evidente que los Demandantes entendían que tanto el Artículo 22 como el Artículo 23 de la Ley eran

---

<sup>53</sup> Véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación por inconstitucionalidad de los artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/186-140201-00-1438%20.htm>. También en *Revista de Derecho Público* N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 166-169. Véanse los comentarios sobre esta sentencia en José Gregorio Torrealba, Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela, cit. pp. 123-124; en Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 413; Diego Moya-Ocampos Pancera y María del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 173.

ofertas abiertas de consentimiento formuladas unilateralmente por el Estado para someter las controversias en materia de inversiones a arbitraje (arbitraje internacional en el caso del Artículo 22 y nacional en el caso del Artículo 23), lo que les brindaba a los inversores el derecho, conforme afirmaron los recurrentes, “a dejar de lado la aplicación de las disposiciones del derecho público venezolano, en favor de organismos arbitrales” o “Tribunales Arbitrales”. La única manera de interpretar la demanda de los demandantes respecto de la supuesta inconstitucionalidad de los Artículos 22 y 23, era el hecho de que la Ley les permitía a los “particulares” optar por dejar de lado la aplicación de las disposiciones del derecho público venezolano en favor de organismos arbitrales. Esto resultaba posible solo si el Estado en dichas disposiciones había dado su consentimiento para someter las disputas a arbitraje. Por el contrario, si el Estado no hubiera expresado su consentimiento para someterse a un arbitraje en las disposiciones de “aplicación vinculante,” como las calificaron los demandantes, hubiera sido imposible decir que las disposiciones (de manera unilateral) autorizaban a los particulares a recurrir al arbitraje, que era lo que implicaba “dejar de lado la aplicación de las disposiciones del derecho público venezolano, en favor de organismos arbitrales” o “Tribunales Arbitrales”.

La Sala Constitucional, por supuesto, rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al establecer que estas disposiciones de la Ley coincidían con el derecho constitucional a someterse a un arbitraje como un “medio alternativo de justicia” (p. 22-23). La Sala Constitucional recalcó que el arbitraje, ya sea nacional o internacional, posee una base constitucional en el Artículo 258 de la Constitución de 1999 y en especial concluyó que “la resolución arbitral de disputas, contemplada en los Artículos 22 y 23 impugnados, no entra en conflicto de ninguna manera con el Texto Fundamental”. (p. 25). La Sala Constitucional también hizo referencia a la obligación de promover el arbitraje que figura en el Artículo 258 de la Constitución, y señaló las muchas circunstancias bajo las cuales un inversionista podría recurrir al arbitraje (inclusive bajo el Convenio CIADI) con base en la disposición constitucional en el Artículo 259. (p. 24). La Sala Constitucional, al hacer referencia al Artículo 22 de la Ley de Inversiones y al confirmar que el arbitraje formaba “parte integral de los mecanismos” para el arreglo de diferencias relativas a inversiones, mencionó simplemente las

“controversias en las que las disposiciones del Convenio CIADI se pueden aplicar” (p. 24). La sentencia no copió, ni hizo referencia a otras frases de dicho Artículo, de lo que debe deducirse que asumió, con esa afirmación, que el Convenio CIADI se aplicaba en virtud de las mismas disposiciones y, debido al consentimiento prestado por el Estado. La Sala dijo: “Debe dejarse en claro que, de acuerdo con la norma cuestionada, la posibilidad de utilizar los medios contenciosos establecidos en virtud de la legislación venezolana permanece en efecto abierta, cuando se presente la posible disputa y estas vías resulten apropiadas” (p. 24).<sup>54</sup>

En este contexto, en consecuencia, con la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad denunciada, la Sala Constitucional ratificando la constitucionalidad del Artículo 22, expresó realmente el sentido y alcance de la disposición.

B. *El segundo intento, en 2007, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones*

El 6 de febrero de 2007, un grupo de abogados presentó un recurso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitando la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, el cual fue rechazado mediante sentencia N° 609 el 9 de abril de 2007, al declarar la Sala que carecía de competencia para conocer de tal recurso.<sup>55</sup> El propósito expreso del recurso era obtener una interpretación judicial de dicha norma “para determinar si [el Artículo 22]

---

<sup>54</sup> Véanse los comentarios en este mismo sentido en Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversión Municipal, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.* p. 94; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *cit.* p. 168-169.

<sup>55</sup> Véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 609 del 9 de abril de 2007 (Caso: Interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/609-090407-07-0187.htm>.

estableció o no el consentimiento necesario para permitirles a los inversores extranjeros iniciar arbitrajes internacionales contra el Estado venezolano” (p. 2).

Los demandantes es su recurso, expresaron que no buscaban que la Sala Constitucional declarase la inconstitucionalidad del Artículo 22, un asunto, que según explicaron, ya había sido resuelto en la Sentencia N° 186 el 14 de febrero de 2001 antes indicada. En cambio, argumentaban que “una cosa es que el Artículo en discusión sea constitucional y otra cosa muy distinta es que dicho Artículo establezca un consentimiento general y universal para permitir que cualquier inversor extranjero solicite que sus disputas con el Gobierno venezolano se resuelvan por medio de un arbitraje internacional, un asunto que no queda claro en el texto del Artículo” (p. 2). Los demandantes formularon ante el Tribunal Supremo las siguientes preguntas específicas:

“¿Contiene el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones el consentimiento arbitral por parte del Estado venezolano a fin de que todas las disputas que puedan surgir con inversores extranjeros se sometan a un arbitraje ante el CIADI?

En caso de [una respuesta] negativa (*sic*), ¿cuál es el objetivo y aplicación del Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones?” (p. 2).

En la Sentencia N° 609 del 9 de abril de 2007, la Sala Constitucional decidió que no tenía competencia para decidir sobre la interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversiones, competencia que de acuerdo con la Constitución correspondía a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo (p. 12-13), en consecuencia, de lo cual, la Sala Constitucional ordenó que la demanda se remitiese a dicha Sala Político-Administrativa del mismo Tribunal Supremo de Justicia para su decisión.

C. *El tercer intento, en 2007, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones*

Una vez recibido el expediente en la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, y luego de la tramitación del recurso de interpretación intentado, la misma decidió en sentencia N° 927 de 5 de

junio de 2007,<sup>56</sup> que la solicitud que se había formulado era inadmisibile debido a la falta de legitimación procesal de los solicitantes, considerando que estos no habían demostrado la existencia de un situación jurídica particular que los afectara de manera directa y personal que pudiera justificar una sentencia judicial respecto del alcance y aplicación del Artículo 22 (p. 14).

D. *El cuarto y último intento, en 2008, de obtener una interpretación diferente del Artículo 22 de la Ley de Inversiones*

Luego de que los fracasados intentos antes mencionados formulados por parte de varios particulares ante el Tribunal Supremo para lograr una interpretación judicial del artículo 22 de la Ley de Inversiones, que contrariara su letra y la intención que el Ejecutivo tuvo al sancionarla en 1999 mediante Decreto-Ley, la República, por sí misma, logró con éxito obtener una sentencia judicial “a la medida” dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que fue la Sentencia N° 1.541 del 17 de octubre de 2008,<sup>57</sup> dictada, esta vez, en respuesta de un recurso de interpretación, no del artículo 22 de la ley de Inversiones, sino del Artículo 258 de la Constitución, resultando la sentencia sin embargo, en la interpretación del primero.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00927-6607-2007-2007-0446.html>.

<sup>57</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>; y en Gaceta Oficial N° 39.055 Noviembre 10, 2008. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 53-121.

<sup>58</sup> Como lo precisó la presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: “dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la Republica y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la



A tal efecto, el recurso de interpretación “constitucional” fue presentado el 12 de junio de 2008 por los representantes del Procurador General de la República (Hildegard Rondón de Sansó, Álvaro Silva Calderón, Beatrice Sansó de Ramírez *et al.*), la cual fue motivada, como se mencionó en el texto del recurso, por los diversos casos que para esa fecha ya se habían iniciado ante tribunales CIADI contra la República de Venezuela y que estaban pendientes de decisión (p. 10).

Como se dijo, aunque el recurso fue calificado como una solicitud de interpretación constitucional del Artículo 258 de la Constitución, la Sala Constitucional contradujo su propio fallo antes mencionado (sentencia N° 609 el 9 de abril de 2007) y emitió una interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, que la misma Sala Constitucional había decidido que era de la exclusiva competencia de la Sala Político-Administrativa.

La sentencia dictada por la Sala Constitucional en 2008, como decisión vinculante “a la medida” de lo buscado por el representante del Estado, recibió muchas críticas<sup>59</sup> pues en definitiva lo que hizo fue interpretar el artículo 22 de la Ley de Inversiones, pues el artículo 258 de la Constitución, por su claridad, no requiere de interpretación alguna, decidiendo al final que dicho artículo no constituía una oferta general del Estado para someter las disputas a arbitraje internacional ante el CIADI,” con lo que la Sala Constitucional terminó cambiando el sentido

---

república y los inversionistas extranjeros.” Véase Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, p. 8.

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 347-368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, p. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *cit.* pp. 180-193.

de las disposición, privándola de su contenido, y en definitiva en cierta forma “revocar” la expresión de consentimiento unilateral que el Estado había dado para someterse a un arbitraje internacional que contenía, pero sin que se reformara formalmente la ley.<sup>60</sup> La decisión en efecto, en definitiva, dejó sin sentido la última parte del artículo 22 de la ley de Inversiones, la cual les permitía a los inversionistas optar por someterse a arbitraje o recurrir a un tribunal nacional.

Debe destacarse que en la sentencia N° 1541 del año 2008<sup>61</sup> el Tribunal Supremo admitió que era posible que un Estado pudiese expresar en una ley su consentimiento para someter la resolución de disputas sobre inversiones a arbitraje internacional (pp. 34-38), pero, al decidir ese proceso judicial específico en el cual solo participó del Gobierno y no alguna otra parte interesada, optó por la opinión del Gobierno de que el Artículo 22 no poseía ese efecto. La Sala Constitucional falló sobre la materia en un inusual abreviado proceso que duró tan solo cuatro meses (que incluyeron 30 días de vacaciones judiciales) y sin audiencias contenciosa. El recurso se presentó el 12 de junio de 2008 y se notificó a la Sala Constitucional el 17 de junio de 2008. Un mes después, el 18 de julio de 2008, la Sala admitió el recurso del Procurador, y luego de omitir la audiencia oral sobre la base de que se trataba de un asunto “de mero derecho,” fijó un plazo máximo de 30 días para fallar sobre el caso, que comenzarían a contar cinco días con posterioridad a la publicación de un comunicado en el periódico en el que se les daría a las partes interesadas cinco días para presentar sus escritos. El anuncio en el periódico se publicó el 29 de julio de 2008; el 16 de septiembre de 2008, tres particulares presentaron sus escritos

---

<sup>60</sup> Véanse los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” en Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Universidad Pontificia Javeriana, Instituto peruano de Arbitraje, Bogotá 2011, Vol. II, pp. 858-859.

<sup>61</sup> Véanse en general los comentarios sobre esta Sentencia en Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” *loc. cit.*, pp. 347-368.

como coadyuvantes, participación que fue denegada por la Sala Constitucional sobre la base de falta de legitimación procesal (pp. 1-4), pasando luego la misma a dictar sentencia el 17 de octubre de 2008.

En el sistema de control de la constitucionalidad venezolano, el recurso de interpretación constitucional se estableció aún sin base constitucional en la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional, con el objeto de interpretar disposiciones constitucionales confusas, ambiguas e inoperantes. Como se mencionó anteriormente, el Artículo 258 no requería de interpretación alguna, como se puede confirmar de su propio texto en el que no figuran partes confusas, ambiguas o inoperantes. Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, resulta obvio que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, “no ocultaron la verdadera intención del recurso” que era obtener “la interpretación de la norma legal en lugar de la constitucional,”<sup>62</sup> en el sentido “que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no prevé dicho consentimiento. Es allí a lo que apunta la sentencia.”<sup>63</sup>

La Sala Constitucional en la sentencia N° 1.541 de 2008, para interpretar el Artículo 22 y negar que fuera una expresión del consentimiento del Estado al arbitraje internacional luego de analizar ampliamente el arbitraje internacional en el mundo contemporáneo, en definitiva, concluyó considerando, en general, que aceptar dicho consentimiento en una ley sería materialmente “inaceptable” en cualquier ordenamiento jurídico, mostrando de entrada una contradicción interna en la decisión. Así, mientras que por una parte la Sala Constitucional admitió que un Estado puede expresar su consentimiento en forma unilateral y genérica en la legislación sobre inversiones (pp. 31-47), un método de consentimiento que está claramente permitido en el Convenio del CIADI y que está firmemente establecido en la práctica internacional, por la otra, ofreció argumentos que implican la negación de ese mismo punto. En particular, la sentencia N° 1.541 de 2008 argumentó que, si el Artículo 22 era interpretado como una oferta

---

<sup>62</sup> Véase J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” en *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, pp. 64.

<sup>63</sup> *Ídem*, pp. 73-74.

general de consentimiento y esa oferta era aceptada por un inversionista, automáticamente (de pleno derecho) se sometería a arbitraje una amplia gama de asuntos dentro del ámbito de la legislación, sin que el Estado pudiera determinar los beneficios o desventajas del arbitraje en cada caso, en violación de un supuesto principio de consentimiento “informado” (p. 56). Sin embargo, esto es precisamente lo que ocurre, como una consecuencia prevista, cuando un Estado escoge dar su consentimiento al arbitraje, genéricamente, mediante una ley nacional o un tratado. En la misma línea, la sentencia N° 1.541 de 2008 argumentó que interpretar el Artículo 22 como conteniendo una oferta genérica de arbitraje llevaría al “absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*)” (pp. 65-67). Esto no es para nada absurdo; es el efecto normal de una expresión genérica de consentimiento, lo cual es uniformemente aceptado conforme al Convenio del CIADI. Un Estado que da su consentimiento genérico al arbitraje en tratados o en leyes ha cedido su derecho a verificar caso por caso los beneficios o desventajas del arbitraje internacional, a cambio de los beneficios de promoción de inversiones derivados de una oferta genérica de arbitraje internacional a los inversionistas extranjeros.

La sentencia N° 1.541 de 2008 también expresó que interpretar el Artículo 22 como una oferta genérica de consentimiento, de hecho derogaría los tratados bilaterales y multilaterales de inversión que prevén diferentes métodos de resolución de disputas, porque los inversionistas protegidos por esos tratados podrían invocar la cláusula de la nación más favorecida (NMF) contenida en ellos para tomar ventaja del arbitraje CIADI, por ende, evitando los mecanismos de resolución de disputas contemplados en el tratado (pp. 65-69). Este argumento, en nuestro criterio, carecía de fundamento. Asumiendo que un tratado de inversión del cual sea parte Venezuela tenía una cláusula de NMF que cubre la resolución de disputas, y asumiendo que el arbitraje CIADI era más favorable que el método de resolución de disputas contemplado en ese tratado, un inversionista que reclamase conforme al tratado tenía ya el derecho a invocar el arbitraje CIADI, porque la cláusula de NMF de ese tratado incorporaba por referencia las disposiciones sobre resolución de disputas de otros tratados de inversión de los cuales fuera parte Venezuela, que contemplaran el arbitraje

CIADI. Bajo la lógica de la sentencia N° 1.541 de 2008, el tratado del ejemplo habría sido “derogado” por los demás tratados, independientemente de cómo se interpretara el Artículo 22, una conclusión que muestra que el argumento no probaba nada. Además, el argumento en la sentencia N° 1.541 de 2008 equivalió a afirmar que un Estado no podía dar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI mediante la ley si había celebrado tratados de inversión que contemplaban diferentes métodos de resolución de disputas; una conclusión que no tenía base alguna. Adicionalmente, no existió base alguna para el argumento de la sentencia N° 1.541 de 2008 (pp. 69-70), de que interpretar el Artículo 22 como una oferta abierta de consentimiento, creaba una inconsistencia con los Artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Inversiones de 1999. En realidad, no existía contradicción alguna entre la oferta abierta de consentimiento en el Artículo 22 y cualquiera de esas otras disposiciones.

En efecto, el Artículo 5 de la Ley de Inversiones garantizaba que sus disposiciones no afectaban cualquier nivel más alto de protección conforme a tratados o acuerdos internacionales para la promoción y protección de inversiones. Esto significaba la intención de que el nivel de protección establecido conforme a la Ley de Inversiones de 1999 era la base, dejando espacio para niveles más altos de protección conforme a los tratados. El Artículo 5 también disponía que a falta de cualquiera de tales tratados o acuerdos, y a pesar de la cláusula de NMF en la Ley de Inversiones, un inversionista sólo se beneficiaba de la protección establecida en esa Ley hasta el momento en que el inversionista estuviese protegido por un tratado o acuerdo que contuviera una cláusula de NMF (en cuyo caso el inversionista se beneficiaba de ese tratado en particular y de cualquier otro tratamiento más favorable requerido por otros tratados, así como de la propia Ley de Inversiones). El Artículo 5 también requería que el Estado buscase en la negociación de dichos tratados, el mayor nivel de protección para los inversionistas venezolanos y garantizase que, en cualquier caso, dicho nivel de protección no fuera inferior al otorgado a los inversionistas del otro Estado contratante en Venezuela. No había nada en estas disposiciones que contradijeran la posibilidad de dar consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el Artículo 22.

El Artículo 7 de la Ley de Inversiones establecía un principio básico de trato nacional, en el sentido de que las inversiones y los inversionistas internacionales debían tener los mismos derechos y obligaciones que las inversiones y los inversionistas nacionales, salvo lo que las leyes especiales y la propia Ley de Inversiones dispusieran en cualquier otro sentido. No existía contradicción entre este principio y la oferta abierta de consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el Artículo 22, porque a pesar de que tal oferta necesariamente beneficiaba sólo a los inversionistas extranjeros,<sup>64</sup> dicha oferta de consentimiento era una excepción prevista en la propia Ley de Inversiones.

Por otra parte, el Artículo 8 de la Ley de Inversiones prohibía la discriminación contra inversionistas internacionales en razón del país de origen de sus capitales, sujeto a excepciones derivados de acuerdos de integración económica o de asuntos tributarios. En este caso, tampoco existía contradicción entre esta disposición y la oferta abierta de consentimiento a la jurisdicción del CIADI establecida en el Artículo 22, el cual se aplicaba a los inversionistas extranjeros en general, independientemente del origen de su capital. Cualquier inversionista que fuera nacional de un Estado que fuera parte del CIADI o llegase a serlo podía aceptar la oferta de consentimiento. Si el Artículo 8 hubiera sido inconsistente con el Artículo 22, también hubiera sido inconsistente con el Artículo 5, porque el Artículo 5 presuponía la existencia de diferentes regímenes legales para inversionistas internacionales, dependiendo de si son nacionales de países con tratados o acuerdos para la promoción o protección de inversiones con Venezuela, o sólo estaban protegidos por la Ley de Inversiones de 1999.

En cuanto al artículo 9 de la Ley de Inversiones de 1999, el mismo establecía el principio de que las inversiones y los inversionistas internacionales tendrían derecho al trato más favorable conforme a los Artículos 7 y 8 de la misma Ley. Esto significaba que tenían derecho a lo que fuera mejor entre el trato nacional conforme al Artículo 7 o el

---

<sup>64</sup> Conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI, el inversionista debe ser un nacional de un Estado distinto al Estado parte de la diferencia (Venezuela en la situación en cuestión), salvo cuando por estar sometidas a control extranjero las partes “hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio”.

trato de la nación más favorecida (no discriminación en base al país de origen de su capital) conforme al Artículo 8, con las excepciones autorizadas por esas disposiciones. Ya que, como se dijo anteriormente, dado que la oferta abierta de consentimiento en el Artículo 22 no era inconsistente ni con el Artículo 7 ni con el 8, tampoco podía ser inconsistente con el Artículo 9.

Los dos ejemplos hipotéticos planteados por la sentencia N° 1.541 de 2008 (pp. 70-71) no mostraban contradicción alguna entre la oferta abierta de consentimiento formulada en el Artículo 22 y cualquiera de las demás disposiciones antes analizadas. En el primer ejemplo hipotético, la Sala Constitucional argumentó que si se interpretaba que el Artículo 22 contenía una oferta abierta de consentimiento, un Estado miembro del CIADI que no tuviese un tratado sobre inversiones con Venezuela (y que no ha dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en su propia ley de inversiones) estaría en una mejor posición vis-à-vis un Estado miembro del CIADI que tuviese un tratado de este tipo, porque el primer Estado no estaría sujeto a los reclamos del CIADI por parte de inversionistas venezolanos, mientras que el segundo Estado sí. Una vez más, este argumento no probaba nada. La Ley de Inversiones de 1999 no garantizaba un trato igual para los Estados; garantizaba ciertos niveles de tratamiento para inversionistas, fundamentalmente inversionistas internacionales. Ninguna disposición de la Ley de Inversiones de 1999 requería reciprocidad, es decir, que los inversionistas venezolanos debían tener derecho a someter controversias ante el CIADI contra Estados cuyos nacionales pudieran beneficiarse de una oferta abierta de consentimiento en el Artículo 22. Dado que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI por ley era por naturaleza un acto unilateral, impugnar dicho consentimiento con base en la falta de reciprocidad significaba negar, contrario a la práctica uniforme, la posibilidad de cualquier consentimiento a través de las leyes.

En el segundo ejemplo, la sentencia N° 1.541 de 2008 argumentó que si se interpretaba el Artículo 22 como una expresión unilateral de consentimiento del Estado, un inversionista de un país que fuera parte del Convenio del CIADI pero que no tuviera un tratado sobre inversiones con Venezuela, estaría en mejor posición que un inversionista de un país que no fuera parte del Convenio del CIADI pero que tuviera un tratado con Venezuela que previera el arbitraje no-

CIADI. La “mejor posición” resultaría de que el arbitraje CIADI supuestamente sería más favorable para un inversionista que el arbitraje no-CIADI previsto en el tratado. De hecho, el arbitraje CIADI podía o no ser más favorable para un inversionista, que otro régimen de arbitraje que pudiera estar establecido en un tratado. Pero aun asumiendo que en un caso en particular, el arbitraje CIADI fuera más favorable que el régimen de arbitraje en un tratado, la hipótesis no era inconsistente con disposición alguna de la Ley de Inversiones, la cual contemplaba la posibilidad de regímenes paralelos conforme a tratados y conforme a la propia Ley de Inversiones. De acuerdo con la misma lógica, el Estado no podía llegar a ser parte de un tratado que contemplara el arbitraje bajo el CIADI, porque los inversionistas protegidos por dicho tratado recibirían mejor tratamiento que los inversionistas protegidos por un tratado que preveía un régimen de arbitraje diferente.

Además, la sentencia N° 1541 de 2008, no solamente fue defectuosa desde un punto de vista jurídico, sino que como antes indicamos fue internamente contradictoria. Los siguientes ejemplos sirven para ilustrar el punto:

Primero, mientras que la sentencia N° 1541 de 2008 admitió y supuestamente apoyó la proposición de que el derecho internacional se aplica a la interpretación del Artículo 22 (pp. 38-41), luego abogó por una interpretación completamente sustentada en supuestos principios del “ordenamiento jurídico nacional.” Luego, la propia decisión fue contra los fundamentos de su propio análisis al establecer que tenía poca utilidad un análisis limitado a consideraciones de “orden interno.” (pp. 38-41).

Segundo, como antes hemos indicado, la sentencia N° 1541 de 2008 admitió que un Estado podía expresar su consentimiento al arbitraje unilateralmente y genéricamente a través de legislación de inversiones (pp. 31-38), pero después argumentó que el Artículo 22 no podía ser interpretado como una expresión de consentimiento con base en que ello privaba a la República la posibilidad de analizar las ventajas del arbitraje “en cada caso” (pp. 41-45) y de elegir “un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (“*Forum Shopping*”)” (pp. 48-50). Dicho de otra manera, para la Sala Constitucional, el problema de interpretar el Artículo 22 como una expresión de consentimiento era que impediría al Estado escoger la jurisdicción caso por caso.



Finalmente, a pesar de que la sentencia N° 1.541 de 2008 dedicó varios párrafos a reiterar la existencia de un mandato constitucional de promover el arbitraje (Artículo 258 de la Constitución) (pp. 7-17), por último, llegó a una interpretación del Artículo 22 que no se ajustaba al mandato constitucional.

Como se dijo, la sentencia fue objeto de muchas críticas que coincidieron con que la intención de la República no fue obtener del Tribunal Supremo una interpretación del artículo 258 de la Constitución sino de un artículo de una ley como era el artículo 22 de la Ley de Inversiones.<sup>65</sup> Por ello, el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien disintió tanto de la decisión de la Sala Constitucional de admitir el recurso, como de la propia sentencia N° 1541 de 2008, destacó en su Voto Salvado que la Sala Constitucional había actuado *ultra-vires* al aceptar la interpretación de la disposición de ley (Artículo 22) (pp. 56–59), reiterando su criterio que se puede resumir en los siguientes puntos: Que el Artículo 258 no daba lugar a duda razonable alguna, ni requería de interpretación aclaratoria, ya que solo contenía un mandato dirigido al Legislador para promover el arbitraje; que el recurso de interpretación presentado tenía como objetivo obtener una “opinión legal” por parte de la Sala Constitucional por medio de un proceso de control de la constitucionalidad *a priori* que no existe en Venezuela; que la sentencia no interpretaba o aclaraba el Artículo 258 de la Constitución ya que ésta clara disposición no daba lugar a duda; que la Sala Constitucional se excedió en su competencia cuando aceptó decidir sobre la interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, siendo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la que tenía la competencia exclusiva para la interpretación de las disposiciones de las leyes; y que la Sala Constitucional contradujo su propia jurisprudencia y se excedió el uso de sus facultades al realizar la interpretación constitucional. El Magistrado Rondón, en su Voto salvado, además, notó de manera correcta que la Sala Constitucional al interpretar el

---

<sup>65</sup> Véanse los comentarios críticos en Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *cit.* pp. 180-193.

Artículo 22 ejerció una “función legislativa” al establecer, por medio de un procedimiento de control de la constitucionalidad a priori, los pasos que la Legislatura debe seguir en el futuro a fin de expresar el consentimiento del Estado al arbitraje internacional mediante una ley (pp. 56-59).

Por supuesto, dichos efectos de la sentencia se limitaron a los tribunales venezolanos, en el sentido de que no afectaban las facultades de los tribunales del CIADI para interpretar el Artículo 22 de manera independiente al impartir justicia en su propia jurisdicción.

Lamentablemente, este caso lo que puso en evidencia fue el objetivo político que tenía la decisión de la Sala Constitucional, que era en definitiva lo único que podía explicar su arbitrariedad y su falta de análisis jurídico lógico y coherente. Así, la protección de la soberanía y la autodeterminación nacional fueron un tema constante, mencionado en varias declaraciones en esta decisión. Por ejemplo, al sostener que la interpretación de las leyes debía hacerse de conformidad con la Constitución, la Sala explicó que esto significaba “salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo” señalando que “parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional como lo exige el artículo 1° *eiusdem* (...)” (pp. 38-41). Antes, en la misma sentencia N° 1.541 de 2008, la Sala había expresado algo de escepticismo respecto a una percepción generalizada de imparcialidad de la jurisdicción arbitral, indicando que “el desplazamiento, de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales [...]” añadiendo que “resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.” (pp. 21-24).

En todo casos, al año siguiente de haber dictado su sentencia, y en “respuesta” a las críticas formuladas por Luis Brito García,<sup>66</sup> a la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009, en la que el Tribunal desestimó un recurso para la interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución presentada por Fermín Toro Jiménez y el mismo Luis Brito García, la propia Sala Constitucional publicó un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”),<sup>67</sup> en la cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia N° 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo exigiese. Se trató, por tanto, de una “sentencia por medio de Boletín de Prensa,”<sup>68</sup> en la cual el Tribunal Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22 de la Ley de Inversiones al “declarar” que: “Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía”. Este *Boletín de Prensa*, por supuesto, no era una sentencia judicial en sí misma y no poseía fuerza de ley.<sup>69</sup>

Estas notas de prensa lo que demostraron fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional, había sido producto de la

---

<sup>66</sup> Véase la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La Razón*, Caracas 14-06-2009, publicado el 20 de junio de 2009 por Luis Britto García en <http://luisbritto.garcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

<sup>67</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>

<sup>68</sup> Véase Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!” en <http://www.aporrea.org/actualidad/a80479.html>. Fecha de la publicación: 21 de junio de 2009.

<sup>69</sup> Véase, por ej., Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2° ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357.

influencia política sobre el Poder Judicial ejercida por el Ejecutivo para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República,<sup>70</sup> ya que la Sala Político-Administrativa era la que tenía la competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas; y proceder así a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

5. *La insuficiente interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 efectuada por los tribunales del CIADI en los Casos Mobil y Cemex*

La cuestión de la interpretación del artículo 22 también fue considerada por los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, en los cuales los mismos en realidad no decidieron que el artículo 22 no constituía un consentimiento general otorgado por la República para someter a arbitraje todas las diferencias relativas a inversiones ante el CIADI. Por el contrario, en el caso *Mobil*, el Tribunal del CIADI decidió que el artículo 22 efectivamente “establece la obligación de acudir al arbitraje”, aunque se refiere a ella como “una obligación condicional” (Párr. 102). Esta condición a la que se sometió la obligación de acuerdo con las sentencias fue el resultado de la frase “si así éste lo establece”. Los tribunales del CIADI en estos dos casos ignoraron por completo la existencia de la aclaratoria final que se incluía en la última frase del artículo 22, sosteniendo que dicho artículo podía interpretarse de dos maneras, en el sentido de que el tratado, acuerdo o convenio podía: (i) prever “el arbitraje internacional” o (ii) “la presentación obligatoria de las diferencias a arbitraje internacional” (caso *Mobil*, Párr. 109) (“crea una obligación para el Estado de presentar las diferencias ante las obligaciones internacionales”, caso *Cemex*, Párr. 101). Los tribunales del CIADI llegaron a la conclusión de que “ambas interpretaciones son gramaticalmente posibles” (Párr. 110; y Párr. 102, respectivamente).

---

<sup>70</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes,” en *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 187-196.

Esta afirmación no podía ser correcta, ya que la segunda opción era una negación en sí misma, no solo de la premisa de que el artículo contenía efectivamente una “obligación condicional,” sino de la aclaratoria que se incluía en la última frase de la disposición que otorgaba al inversor el derecho de recurrir al arbitraje o a los tribunales nacionales. Es decir, si era cierto que la primera opción implicaba la existencia en el artículo 22 de una “obligación condicional” de recurrir a un arbitraje, que quedaba sujeta únicamente a la condición de que los tratados o acuerdos previeran el arbitraje internacional, la segunda opción negaba la “obligación condicional” en el sentido de exigencia de que el tratado previera, no un mecanismo de arbitraje internacional, sino la “presentación obligatoria” del arbitraje. Esta segunda interpretación daba como resultado una tautología que era gramaticalmente incorrecta.

Como se mencionó anteriormente, los tribunales CIADI también fallaron en su análisis gramatical en relación con la última parte del artículo. Al hacer caso omiso de ella, simplemente borraron la parte del artículo que, precisamente, confirmaba la existencia en el mismo de la “obligación condicional” de recurrir al arbitraje. Esta forma de interpretar era incorrecta en la legislación venezolana, ya que implicaba que la última parte de la disposición se interpretase como “carente de sentido”.<sup>71</sup>

Era ciertamente absurdo suponer que el legislador (que en este caso fue el Ejecutivo Nacional) no hubiera intentado usar los términos más precisos y adecuados para expresar la finalidad y el alcance de sus disposiciones, o que deliberadamente hubiera omitido elementos que eran esenciales para la comprensión total de la norma;<sup>72</sup> lo que significaba, desde el punto de vista del intérprete y de acuerdo con los principios sobre interpretación de las leyes, que se debía suponer que el legislador no había redactado deliberadamente una disposición de un modo ambiguo ni había omitido elementos que eran esenciales para la comprensión completa de la disposición. Por ello, además, el intérprete no podía ignorar las palabras, frases o elementos que el legislador utilizó

---

<sup>71</sup> Lo mismo se aplica, por supuesto, a la sentencia del caso Brandes, que tampoco atribuyó significado alguno a la aclaratoria.

<sup>72</sup> Como lo ha indicado la Sentencia N° 4 del 15 de noviembre de 2001 (caso Carmen Cecilia López Lugo v. Miguel Ángel Capriles Ayala et al.)

en la disposición. Además, es otro principio bien establecido de interpretación de la ley el que el intérprete, al interpretar una ley, debe rechazar y evitar todas las interpretaciones absurdas.<sup>73</sup> Como se ha mencionado, cada parte del artículo 22 tenía un significado y propósito, y al interpretarlo, ninguna parte podía ser ignorada, como ocurrió en los fallos citados del Tribunal del CIADI, que ignoraron la última parte del artículo 22. En mi criterio, ante el silencio de los tribunales de los casos *Mobil* y *Cemex* en considerar y dar sentido a una parte crucial del artículo 22 que era esencial para su interpretación, renunciando a interpretar la disposición “de una manera compatible con el efecto que busca” el Estado que redactó la Ley (Párr. 118), estos fallos no interpretaron correctamente la disposición de conformidad con la legislación venezolana o internacional.

6. *La ausencia de interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 en la sentencia de Tribunal del CIADI en el caso Brandes*

El tribunal del CIADI en la sentencia del caso *Brandes*, de manera sorprendente y en contraste con los casos *Mobil* y *Cemex*, llegó a la misma conclusión que éstos, pero sin hacer esfuerzo alguno para interpretar el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, limitándose solamente a referirse a las herramientas y principios para la interpretación de la norma, pero sin aplicarlos al caso. Señaló dicho tribunal en su fallo: (i) que el artículo 22 debía interpretarse a partir de los principios del sistema jurídico venezolano “comenzando por la Constitución política” (Párr. 36, 81) pero también de acuerdo con los principios del derecho internacional (Párr. 36, 81); (ii) que, sin embargo, al aplicar los principios de las leyes venezolanas, los elementos del artículo 4 del Código Civil no se aplicarían en forma conjunta como lo impone dicha norma, sino de una forma lineal, comenzando con el análisis gramatical (Párr. 35); (iii) que el artículo 22 de la Ley de Inversiones debía ser interpretado teniendo en cuenta su relación con

---

<sup>73</sup> Véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1.173 del 15 de junio de 2004 (Caso: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), en *Revista de Derecho Público* N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 y ss.

“otras normas legales de la República” (Párr. 30, 35, 97); y (iv) que era esencial para el Tribunal a fin de analizar otros artículos de la Ley de Inversiones que constituyen el contexto inmediato del artículo 22 (Párr. 88).

Luego de anunciar todas estas herramientas y principios de interpretación, pero sin aplicar ninguna de ellas al caso, el Tribunal emitió su sentencia sin analizar el texto del artículo, ni las palabras que contenía, ni la relación entre sí de las palabras utilizadas. Asimismo, el Tribunal no estableció la relación necesaria entre las palabras utilizadas en el artículo dentro del contenido de su texto completo, incluida la última frase de la aclaratoria. Es decir, el Tribunal, sin hacer esfuerzo alguno para aplicar siquiera el primer paso anunciado en la sentencia, que se definió como el “análisis puramente gramatical” (Párr. 35) y sin razonamiento o motivación alguna, llegó a la conclusión de que “la redacción del artículo 22 de la Ley de Protección y Promoción de Inversiones, LPPI es confusa e imprecisa, y que no es posible afirmar, a partir de una interpretación gramatical, si contiene o no el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela ante la jurisdicción del CIADI” (Párr. 86). El aspecto más sorprendente de esta conclusión es que el mismo Tribunal concluyó que era “innecesario resumir” el “esfuerzo laborioso y minucioso de las partes para examinar el sentido del artículo 22” (Párr. 85).

Dentro de los parámetros de toda decisión judicial en el sistema jurídico venezolano, esta sería una decisión judicial sin motivos, susceptible de ser anulada. No es posible llegar a una conclusión como la expresada por el tribunal con arreglo a la legislación venezolana, sin explicar qué parte de la disposición es “confusa”, qué otra parte es “imprecisa”, y como todo tribunal de justicia, al momento de decidir los casos de la justicia, debió hacer su mejor esfuerzo para intentar explicar lo que no es preciso en una disposición y explicar lo que es confuso en la misma. Esta es precisamente la función que tiene todo tribunal, al cual no se le permite solamente emitir una sentencia sin indicar las razones en las que se basa.

El esfuerzo interpretativo de menor importancia e indirecto del Tribunal en la sentencia del caso Brandes, se refirió a considerar el artículo 22 de la Ley de Inversiones en relación con su “contexto” (Párr. 87), limitándose a señalar que la Ley de Inversiones tenía similitudes en

su estructura y contenido con muchos tratados bilaterales de inversión (Párr. 89); pero sin hacer referencia a la similitud más importante con el fin de interpretar el artículo 22 de la Ley de Inversiones, que era la oferta abierta, como expresión del consentimiento, que el Estado había hecho en todos los tratados bilaterales de inversión, dejando en manos de los inversionistas internacionales el derecho de recurrir al arbitraje o a los tribunales nacionales. En su lugar, el tribunal del caso *Brandes* se limitó únicamente a preguntarse por qué no se utilizó la fórmula de consentimiento de los tratados bilaterales de inversión (Párr. 90).

Como se explicó antes, una ley que contiene una oferta unilateral como expresión de consentimiento del Estado para recurrir al arbitraje no es un tratado bilateral sobre inversiones, y a pesar de las similitudes en la estructura o contenido de la Ley con los tratados bilaterales de inversión, la Ley debe examinarse e interpretarse como una manifestación unilateral de un Gobierno que procura atraer inversiones sin efectuar negociación alguna con otro Estado (Párr. 94). En esta forma se diferencia la ley, de los tratados bilaterales de inversión que se negocian entre dos partes; y fue esa distinción la que el tribunal del CIADI en el caso *Brandes* no tuvo en cuenta. Es solo debido a que ignoró lo esencial del artículo 22 que era la parte que otorgaba al inversionista la opción de recurrir al arbitraje o a un tribunal venezolano, que el tribunal del CIADI en el caso *Brandes* llegó luego a la conclusión de que a pesar de las similitudes entre el contenido de la Ley de Inversiones y de un tratado bilateral de inversión, “el Tribunal no encuentra en el artículo que ha analizado ni en otro artículo de la Ley de Inversiones, disposición alguna que le permita afirmar que prevé el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI” (Párr. 92). Por supuesto, el Tribunal no pudo hallar el consentimiento del Estado si ignoró el derecho otorgado a los inversionistas para tomar la decisión de aceptar o no la oferta de arbitraje. La única manera de entender esta conclusión infundada consiste, por lo tanto, en reconocer que el Tribunal, en su sentencia, en realidad no “analizó” en forma alguna el artículo 22 u otros artículos pertinentes de la Ley de Inversiones (como los artículos 21 y 23).

El tribunal del caso *Brandes* también decidió que era “innecesario, con el fin de resolver la diferencia, establecer la función real” que cumplió el funcionario encargado de la redacción de la Ley, así como



“su conocimiento del tema en discusión y la relevancia de sus publicaciones sobre este tema” debido a que su opinión “no puede proporcionar la base para considerar que el artículo 22 de la Ley de Inversiones contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela para someterse al arbitraje del CIADI” (Párr. 103). Nuevamente, sorprende el modo en que el tribunal pudo simplemente y de repente llegar a estas “conclusiones,” sin razonamiento o análisis alguno y lo que es aún peor, sin expresar razón alguna para descalificar de manera general y universal a una de las dos personas clave involucradas en la redacción de la Ley de Inversiones, a quien se asignó dicha tarea por solicitud y orden del Gobierno.

Finalmente, luego de copiar y enumerar exhaustivamente (sin analizarlos) los “argumentos válidos” de las partes, el Tribunal del CIADI en el caso *Brandes* simplemente llegó a la conclusión, sin tener en cuenta el tema “fundamental” en absoluto, de que “no se ha hallado elemento alguno que pueda conducirlo a apartarse de las conclusiones a las que llegaron dichos tribunales [en los casos *Cemex* y *Mobil*] con respecto a la cuestión concreta que se trata en el presente” (Párr. 114). En el siguiente párrafo el Tribunal copió la decisión definitiva en los casos (Párr. 115), en los cuales dichos Tribunales concluyeron que el artículo 22 “no proporciona una base para la jurisdicción del Tribunal en el presente caso” (Caso *Mobil*, Párr. 140; Caso *Cemex* Párr. 138), sin la pretensión de impedir u ocasionar perjuicio alguno a otros casos. No obstante, el Tribunal del CIADI en el caso *Brandes* sin razonamiento o argumento alguno y sin explicar los “fallos en los párrafos” de su sentencia, fue más allá y proclamó de manera general y universal y no solo para el “caso presente”, que era “obvio que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones no contiene el consentimiento de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI” (Párr. 118).

Esta sentencia, al menos desde el punto de vista de las reglas generales que rigen las decisiones judiciales en el derecho interno, no indicó los motivos en que se basó; es decir, careció de fundamento.

### III. LA PROGRESIVA TENDENCIA PRO-ARBITRAJE DEL RÉGIMEN LEGAL VENEZOLANO DURANTE LOS AÑOS ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999

Contrariamente a lo apreciado en las decisiones de los tribunales arbitrales en los antes comentados casos *Mobil*, *Cemex* y *Brandes*, en nuestro criterio, el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 expresó el consentimiento por escrito de la República de Venezuela al arbitraje del Centro CIADI, conforme al Artículo 25(1) de la Convención del CIADI. Este consentimiento se expresó en forma de oferta abierta de arbitraje sujeta a la aceptación del inversionista,<sup>74</sup> pudiendo éste a su elección recurrir a los tribunales nacionales.

Esta manifestación contenida en el artículo 22 de la Ley, por lo demás, fue reflejo de la tendencia por arbitraje que se ha habido desarrollado en Venezuela durante las últimas décadas, y que se materializó en el Artículo 258 de la Constitución de 1999 y en varias leyes. Por lo tanto, al momento en el que se dictó el decreto ley de la Ley de Inversiones, la hostilidad tradicional hacia el arbitraje que había resultado de las experiencias de finales del siglo XIX se encontraba superada. Por ello puede considerarse que la Ley de Inversiones de 1999 fue una legislación completamente compatible con sus antecedentes históricos, incluida la ratificación por el Estado, entre 1993 y 1998, de gran cantidad de tratados para la protección y la promoción de las inversiones (que también contribuyeron al arbitraje internacional), además de otras disposiciones legales relacionadas con el arbitraje adoptadas en ese tiempo.

---

<sup>74</sup> Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, Véase el “Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” con fecha 18 de marzo de 1965 “[...] un estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito.”

Si se considera el Artículo 22 de la Ley de Inversiones en forma sistemática y desde una perspectiva histórica, tiene sentido decir que el Estado ofreció un consentimiento unilateral al arbitraje como medio para promover la inversión. Esta oferta fue entonces una parte esencial de la razón de ser de la Ley de Inversiones de 1999, que estaba en completa consonancia con el arbitraje internacional existente en 1999. Además, si nos atenemos al elemento teleológico y sociológico de la interpretación de las leyes, la situación económica y social reinante al momento en que fuera emitida por el Poder Ejecutivo el decreto ley de la Ley de Inversiones de 1999 explica que el antiguo Congreso y el Ejecutivo Nacional, en sus funciones de legisladores, pretendían promover la inversión, siendo el consentimiento al arbitraje internacional un medio para lograrlo. La política económica y todo el orden jurídico existente en el año 1999 también tendían a promover la inversión extranjera y el arbitraje internacional.<sup>75</sup> Esta intención general se aprecia claramente reflejada en la Ley de Inversiones de 1999 en su conjunto, la cual tuvo como objetivo principal promover y proteger la inversión extranjera a través de la regulación de las acciones del Estado respecto al tratamiento de dicha inversión. Someter las controversias al arbitraje internacional es precisamente uno de los recursos fundamentales para proteger los inversionistas y las inversiones extranjeras.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Véase Victorino Tejera Pérez, “Las leyes municipales de inversión, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos,” *loc. cit.*, p. 113; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 154

<sup>76</sup> Incluso la sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo, del año 2008, reconoció que una de las formas en que los Estados atraen las inversiones extranjeras es haciendo una promesa unilateral de someter las diferencias a arbitraje: La Sala expresó: “Resulta imposible ignorar que los Estados que buscan atraer inversiones deben, manteniendo su soberanía, otorgar ciertas garantías a los inversionistas, a fin de concretar esa relación. Dentro de las variables empleadas para lograr estas inversiones, es común incluir un acuerdo de arbitraje que, a juicio de los inversionistas, les brinde seguridad respecto al –ya mencionado– temor de una posible parcialidad de los tribunales del Estado en favor de sus propios ciudadanos.”

1. *Los antecedentes históricos en cuestión de arbitraje: de la hostilidad a la aceptación*

Un buen resumen de los antecedentes históricos de la Ley de Inversiones se puede encontrar en lo expuesto por Alfredo Morles Hernández en 2005 en su exposición de apertura del Seminario convocado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en Caracas, en los que después de analizar las hostilidades precedentes destacó la actitud favorable en ese momento hacia el arbitraje, mencionando, particularmente los efectos de la ratificación durante las últimas décadas de todas las convenciones más importantes, con particular referencia a la Convención del CIADI, a la cual consideró como de “aceptación prácticamente universal.”<sup>77</sup>

Otra situación fue la posición del Profesor Morles con respecto a la posibilidad de renuncia a la inmunidad jurisdiccional en los contratos públicos celebrados por la República en materia de empréstito público externo. Desde 1970, el Morles había criticado la opinión legal de la Procuraduría General de la República (expresada en 1977), que consideraba aceptable incorporar en los contratos de empréstito público externo cláusulas por las que se renunciaba a la inmunidad jurisdiccional del Estado, y que fueron ampliamente incorporada en los contratos públicos de esos tiempos.<sup>78</sup> Lo cierto, en todo caso, es que particularmente luego de la sanción de la Constitución de 1961 y mucho antes de 1999, la República había aceptado de una manera muy amplia, especialmente en lo relativo a los contratos públicos, la posibilidad de renunciar a la inmunidad jurisdiccional.

---

<sup>77</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “Presentación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 12-13.

<sup>78</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717

2. *La evolución constitucional en cuanto a la inmunidad jurisdiccional del Estado y la cura de viejas heridas diplomáticas*

En dicha materia, en todo caso, todo caso, es útil recordar la evolución de las disposiciones constitucionales en Venezuela en materia de arbitraje internacional y en cuanto a la inmunidad de jurisdicción. En tal sentido, lo cierto fue que durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del XX, el arbitraje internacional era la regla general, al punto de que las Constituciones obligaban a establecer en una cláusula que debía incorporarse a todos los tratados internacionales para la solución de toda controversia entre las partes Contratantes.<sup>79</sup> En 1947 se reincorporó una cláusula, aunque con un alcance más amplio, referida a todos los acuerdos internacionales (y no sólo los tratados) y a la solución de controversias por medios pacíficos (y no sólo el arbitraje) reconocidos por el derecho internacional.

Por otra parte, la Constitución incluyó, desde 1893, un importante artículo con tres cláusulas específicas: primero, la prohibición de transferir contratos de interés público a Estados extranjeros; segundo, la cláusula de inmunidad absoluta por jurisdicción que estipulaba la obligación de incorporarla a todos los contratos públicos; y tercero, la llamada “cláusula Calvo”, que excluye todo reclamo diplomático en lo concerniente a dichos contratos públicos. Todas estas cláusulas aún permanecen en la Constitución, aun cuando la segunda fue modificada en 1947 y desde 1961 se transformó en una cláusula de inmunidad

---

<sup>79</sup> En las Constituciones de 1864 (Artículo 112), 1874 (Artículo 112), 1881 (Artículo 109), 1891 (Artículo 109), 1893 (Artículo 141), 1901 (Artículo 133), 1904 (Artículo 120), 1909 (Artículo 138), 1914 (Artículo 120) y 1922 (Artículo 120), se incluyó un Artículo que establecía que en todos los tratados internacionales se debía incluir una cláusula que dijera lo siguiente: “Toda controversia entre las partes contratantes será resuelta, sin recurrir a la guerra, por el arbitraje del Estado o Estados amigos”. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008. Véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 410.

relativa por jurisdicción. Fue diez años después de la reforma constitucional de 1893, desde 1902, cuando en realidad se desarrolló cierta cultura hostil respecto del arbitraje, particularmente por el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana que buscaban el cobro forzoso de la deuda pública, lo que derivó en la aplicación en Venezuela de la conocida “doctrina Drago”.

Luego de todas las experiencias previas, en particular aquellas ocurridas a comienzos del siglo XX, desde que se adoptó la Constitución de 1961 y, en particular, debido al restablecimiento del principio de inmunidad relativa de la soberanía, basado en una disposición similar incluida en el Artículo 108 de la Constitución de 1947, la introducción de cláusulas obligatorias de arbitraje en contratos públicos se ha convertido en una práctica comúnmente aceptada y reconocida como válida.<sup>80</sup> Además, en 1995 Venezuela ratificó la Convención del CIADI<sup>81</sup> y entre 1993 y 1998 firmó distintos tratados bilaterales de inversión que estipulaban el arbitraje internacional.

---

<sup>80</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262–265. La posibilidad de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos públicos se estudió por primera vez en Venezuela en 1960, incluso antes de sancionar la Constitución de 1961. Véase Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22. Véase además Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

<sup>81</sup> *Gaceta Oficial* N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

### 3. *La aceptación general del arbitraje en cuestiones de derecho privado*

En materia de derecho privado, luego de que el arbitraje fuera establecido inicialmente como un derecho constitucional en la Constitución de 1830 (Art. 140),<sup>82</sup> y fuera regulado en el siglo XIX como medio alternativo de resolución de disputas de carácter vinculante en las disposiciones de procedimiento civil, a principios del siglo XX, luego de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916, el arbitraje pasó a ser establecido solo como método no vinculante de resolución de controversias; no siendo obligatorio (Artículos 502-522). Fue en 1986 cuando el Código de Procedimiento Civil fue modificado para permitir a las partes pudieran celebrar un acuerdo vinculante para someter las controversias a los tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608-629).<sup>83</sup> Además, a través de leyes especiales se permitió el arbitraje en áreas relacionadas con los derechos de autor, seguros, protección al consumidor, trabajo y reforma agraria.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Véase J. Eloy Anzola. “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en la *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, p. 62

<sup>83</sup> Para conocer la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, Véase Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 408.

<sup>84</sup> Véanse las leyes enumeradas, incluidas la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), la Ley de Empresas de Seguro (1994), la Ley de Protección al Consumidor (1995) y la Ley Orgánica del Trabajo (1990) en Francisco Hung

Posteriormente, Venezuela ratificó la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,<sup>85</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975,<sup>86</sup> y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).<sup>87</sup> En 1998, Venezuela adoptó la Ley de Arbitraje Comercial,<sup>88</sup> que se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.<sup>89</sup>

Por otra parte, específicamente en materia de inversiones extranjeras, y de conformidad con el régimen existente en esos tiempos, el decreto N° 2095 del 13 de febrero de 1992, que contenía la normativa sobre el “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por Sentencias N° 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena” estipuló en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”<sup>90</sup> Por consiguiente, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias de inversión se convirtió en una práctica generalizada.

---

Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, pp. 44-46; y en la Sentencia N° 1541 de 2008.

<sup>85</sup> *Gaceta Oficial* N° 33144 del 15 de enero de 1985.

<sup>86</sup> *Gaceta Oficial* N° 33170 del 22 de febrero de 1985.

<sup>87</sup> *Gaceta Oficial* (Extra) N° 4832 del 29 de diciembre de 1994.

<sup>88</sup> *Gaceta Oficial* N° 36430 del 7 de abril de 1998.

<sup>89</sup> Véase en general, Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” *loc. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>90</sup> *Gaceta Oficial* N° 34930 del 25 de marzo de 1992.



4. *La aceptación general del arbitraje en cuestiones derivadas de contratos públicos y el sentido de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial y del Artículo 151 de la Constitución*

Específicamente, respecto al amplio uso de los mecanismos de arbitraje de conformidad con la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa de los contratos públicos, debido a la disposición constitucional de la Constitución de 1961 que destacó Morles,<sup>91</sup> como lo señalaran los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, demuestra que en 1993 “en Venezuela el ambiente era cada vez más favorable para el arbitraje internacional” (Párr. 130; y Párr. 125, respectivamente) en el sentido de que “la hostilidad tradicional hacia el arbitraje internacional se había desvanecido en los 90 para dar lugar a una actitud más positiva” (caso *Mobil*, Párr. 131). Sin embargo, el Tribunal del CIADI en el caso *Mobil* agregó, de manera incomprensible, que: “Sin embargo, Venezuela permanecía reacia con respecto al arbitraje contractual en la esfera pública, como lo demuestra [el Artículo 4 de] la Ley de Arbitraje de 1998 y el Artículo 151 de la Constitución de 1999” (Párr. 131; 127, 128). Lo mismo se afirmó en la sentencia del caso *Cemex* (Párr. 125). Estos Tribunales, en mi criterio, no comprendieron realmente el contenido de estas dos disposiciones, de las cuales no puede derivarse ninguna actitud “reacia” hacia el arbitraje.

El Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, en efecto, dispone que:

“Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).”

---

<sup>91</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” *loc. cit.*, p. 1717.

Se trata de una disposición fundamental exclusivamente referida al procedimiento administrativo, que sólo impone que el acuerdo de arbitraje cuando sea celebrado por entidades descentralizadas del sector público, sea suscrito de conformidad con sus reglamentos, y con la aprobación expresa del Ministro de tutela de la específica entidad descentralizada.<sup>92</sup> Esta disposición, por tanto, sólo establece un requisito propio de los de procedimientos administrativos,<sup>93</sup> por lo que resulta incomprensible que se considere que por ello el Estado pueda “demostrar” una “actitud reacia” hacia el arbitraje, o que dicha disposición estableciera que el país “permanezca reacio” hacia el arbitraje contractual (Caso *Mobil*, Párr. 129, 131; Caso *Cemex*, Párr. 125).

Aún más incomprensible es la referencia en las sentencias al Artículo 151 de la Constitución como supuesta prueba del “rechazo” de Venezuela hacia el arbitraje contractual. Dicha disposición establece todo lo contrario, es decir, como se reconoce por lo general en el derecho internacional, por un lado, el principio de inmunidad relativa de la jurisdicción en cuestiones derivadas de contratos públicos; y por otro lado, el principio que impone que los Estados extranjeros no pueden iniciar procesos diplomáticos contra el Estado venezolano como consecuencia de contratos públicos celebrados con corporaciones extranjeras (“cláusula Calvo”).<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> En la Administración Pública venezolana no existe ningún “Ministerio de Protección Jurídica” como se expresó en una mala traducción de la expresión “Ministerio de tutela” en la sentencia del Tribunal CIADI en el caso *Mobil* (Párr. 128). Véase sobre el sentido del control de tutela, la Ley Orgánica de la Administración Pública, Artículos 78, 97.5, y 120-122. Decreto Ley N° 6217 del 15 de julio de 2008, en el *Gaceta Oficial* N° 5890 Extra. del 31 de julio de 2008. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 77-79.

<sup>93</sup> Véanse sobre este Artículo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” *loc. cit.*, pp. 169-204.

<sup>94</sup> Véase sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

De dicha norma, por tanto, nada extraordinario o fuera de lo común puede encontrarse, y menos que sea reacia hacia el arbitraje.

5. *La política de inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos públicos desde la década de los noventa*

Precisamente con base en la norma similar de la Constitución de 1961 (art. 127), debe mencionarse que desde los años noventa se incorporaron expresamente cláusulas sobre arbitraje en muchas leyes. Primero, en 1994, en el Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994, que contenía la Ley orgánica sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales.<sup>95</sup> Esta ley incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable” (artículo 10).<sup>96</sup>

Segundo, debe mencionarse que, en 1995, el Congreso adoptó el Acuerdo mediante el cual se estableció el marco de Condiciones para los “Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas” del día 4 de julio de 1995,<sup>97</sup> en el cual se estableció expresamente una cláusula arbitral para la solución de controversias. La misma fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema mediante acción popular interpuesta, entre otros, por diputados al Congreso. La Corte Suprema en 1999 decidió el caso, declarando sin lugar la demanda, ratificando la constitucionalidad del Acuerdo del

---

<sup>95</sup> *Gaceta Oficial* N° 4719 Extra. del 26 de abril de 1994

<sup>96</sup> En Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 178. Este autor declaró en 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible”, *Íd.* p. 177.

<sup>97</sup> *Gaceta Oficial* N° 35754 del 17 de julio de 1995

Congreso, sosteniendo que la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos públicos de asociación para la explotación petrolera eran válidos en los términos del Artículo 127 de la Constitución de 1961, vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999).<sup>98</sup> Dicha sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido considerada como un precedente judicial clave en materia de arbitraje en contratos públicos y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción en el país.<sup>99</sup>

Durante el mismo período de tiempo de finales de los noventa se incorporó el Artículo 4 en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, en el cual se admitió en forma expresa la incorporación de las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, sujetos a la aprobación del órgano competente, de conformidad con los reglamentos de la entidad y con la autorización escrita del Ministerio de tutela en los casos de entidades descentralizadas. Se trató, en todo caso, de una disposición que lo que

---

<sup>98</sup> Véase la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/1,%20%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf> (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280–328. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase la Sentencia N° 1541 del 2008 y la Sentencia N° 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). Véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229.

<sup>99</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 349-357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” *loc. cit.*, pp. 438-39.

evidencia es la ratificación y aceptación expresa por parte del Congreso de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, estableciendo a tal efecto, reglas de gestión elementales en la Administración pública, como las derivadas del ejercicio del control administrativo.

Por otra parte, la disponibilidad del arbitraje como recurso para la solución de controversias en contratos del Estado fue reconocida en gran número de sentencias judiciales posteriores, varias de las cuales fueron emitidas con anterioridad a la sanción de la Ley de Inversiones de 1999.<sup>100</sup> Por ejemplo, el 15 de junio del mismo año 1998, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia del caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo las cuestiones de seguridad y defensa nacional.<sup>101</sup>

De lo anterior resulta que, en realidad, en las décadas anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud histórica que existió en el pasado de “reticencia” respecto de las cláusulas de arbitraje y respecto del tema de la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los contratos de derecho público, incluso antes de la sanción de la Constitución de 1961 y de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986. Esta tendencia se consolidó legislativamente, precisamente a partir de 1999

---

<sup>100</sup> Véanse los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 333-335, 349, y en José G. Villafranca, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

<sup>101</sup> Véase las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 349-350.

#### IV. LA POLÍTICA PÚBLICA PRO-ARBITRAJE DEFINIDA POR EL ESTADO EN 1999 Y PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

##### 1. *La tendencia pro-arbitraje de toda la legislación sancionada en 1999*

En efecto, la sanción de la Ley de Inversiones de 1999 fue el resultado de una política económica definida por el nuevo gobierno que comenzó en febrero de ese año, destinada a atraer inversiones y, particularmente, inversiones extranjeras. Para ello, el Presidente Hugo Chávez, quien fue electo en diciembre de 1998 y asumió su cargo el 2 de febrero de 1999, propuso al Congreso la sanción de una Ley orgánica de habilitación legislativa que lo autorizara a sancionar un conjunto de decretos leyes relacionadas con la administración, las finanzas, los impuestos y la economía públicas, con particular énfasis, en este último campo para promover, proteger e incentivar las inversiones extranjeras en el país.

Con base en el proyecto presentado por el mismo Ejecutivo Nacional, unas semanas después, en abril de 1999, el Congreso sancionó la Ley Orgánica habilitante de abril de ese año 1999,<sup>102</sup> autorizando al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además lo autorizó para “reformular el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i). Fue por tanto el Ejecutivo Nacional el que definió las políticas económicas del país, centrándose en la promoción y protección de las inversiones en general, y en cuestiones de obras y servicios públicos, hidrocarburos, gas y minas, propósito para el cual efectivamente recibió una amplísima y

---

<sup>102</sup> Véase la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público en el *Gaceta Oficial* N° 36.687 del 26 de abril de 1999.

comprensiva autorización legislativa con el fin de sancionar leyes por medio de la legislación delegada. Y fue precisamente a través de esta autorización legislativa que el Poder Ejecutivo emitió el decreto ley que contenido de la Ley de Inversiones de 1999, así como varios otros decretos ley que no fueron emitidos por el Presidente de la República “en el ejercicio del poder conferido a él por la nueva Constitución Política”, como se afirmó erróneamente en la sentencia CIADI del caso *Brandes* (Párr. 25). La “nueva” Constitución en realidad fue sancionada luego de que fueran aprobadas la Ley habilitante de abril de 1999 y la Ley de Inversiones de ese mismo año.

Por otra parte, un mes después de que fuera publicada la sentencia de agosto de 1999 de la antigua Corte Suprema de Justicia, por la cual se rechazó la impugnación del Acuerdo del Congreso sobre los Convenios de asociación petroleros, el Presidente de la República procedió a sancionar cuatro decretos ley importantes en ejecución de las disposiciones de la Ley habilitante antes mencionada, relativos a inversiones (Artículos 1.4.f; 1.4.h; 1.4.i; y 1.4.j), en los cuales, en todos los casos, se establecieron cláusulas de arbitraje como medio de resolución de controversias entre el Estado y los particulares.<sup>103</sup> Entre esos decretos ley se destacan los referentes a los hidrocarburos gaseosos, a la promoción y protección de las inversiones a través de concesiones, y la Ley de Inversiones.

En relación con la Ley de hidrocarburos gaseosos,<sup>104</sup> en la misma se dispuso conforme al Artículo 127 de la Constitución de 1961, que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b). En esta forma,

---

<sup>103</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 5382 Extra del 28 de septiembre de 1999.

<sup>104</sup> Decreto Ley N° 310 del 12 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficial* N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

la reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos.<sup>105</sup>

En la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones,<sup>106</sup> el Presidente dispuso en el decreto ley que la decretó, que en los contratos de concesiones públicas, las partes: “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos ha sido reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> En igual sentido véase, por ejemplo, J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 419 Expresó: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”.

<sup>106</sup> Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* N° 5394 Extra. del 25 de octubre de 1999. Véase Diego Moya-Ocampos Pancera y Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. Véase en general respecto a esta Ley, Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

<sup>107</sup> Véase, por ejemplo, un resumen en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, cit. pp. 12, 28, 29, 155.



La tercera ley en la cual se estableció la cláusula arbitral sancionada por el Presidente de la República mediante la utilización de los poderes legislativos delegados, fue precisamente el Decreto Ley N° 356 del 13 de octubre de 1999, sobre la Ley de promoción y protección de Inversiones, la cual contiene previsiones expresas sobre arbitraje en varias disposiciones: primero, en el Artículo 21 (arbitraje estado-estado); segundo, en el Artículo 22 (arbitraje internacional o juicio ante tribunales nacionales con un inversionista internacional); y tercero, el Artículo 23 (juicio ante tribunales nacionales o arbitraje con un inversionista nacional o internacional). En los dos últimos casos, el consentimiento del Estado para someter las controversias a arbitraje estaba expreso en la Ley, y la decisión de recurrir al arbitraje o a los tribunales nacionales estaba a cargo del inversionista (como su derecho).

La disposición del Gobierno en 1999 respecto a la resolución de controversias en materia de inversiones fue, sin duda, favorable al arbitraje, como resulta de la legislación antes mencionada, lo que se confirma por la discusión simultánea de la nueva Constitución (de 1999) sobre la cuestión de la obligación del Estado de promover el arbitraje (art. 258).

2. *La tendencia pro arbitraje de la Constitución de 1999 y la extraña propuesta presentada ante la Asamblea Constituyente por el Presidente Chávez en 1999*

La Constitución de 1999, en efecto, incorporó el arbitraje como un recurso alternativo para la solución de controversias, que es un componente del sistema judicial (Artículo 253), exigiendo al Estado promoverlo en el artículo 258, al disponer que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos;”<sup>108</sup> garantizando el arbitraje,

---

<sup>108</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución” para leer sobre el reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de pronunciamiento judicial en la Constitución de 1999, y la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, p. 27; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García).

además, como un derecho fundamental.<sup>109</sup> Es decir, es el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, lo que confirma que ya en 1999 no existía en el país una “cultura de hostilidad” preponderante hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje.<sup>110</sup>

Siguiendo la misma orientación pro arbitraje, aun cuando quizás en exceso permisiva respecto del arbitraje internacional en contratos públicos, el Presidente de la República H. Chávez presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1999, el texto de un artículo para reemplazar al Artículo 127 de la anterior Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), en la cual sólo establecía el principio de la inmunidad de jurisdicción absoluta para los contratos suscritos por la República (que son realmente escasísimos), dejando sin ninguna restricción la posibilidad de renuncia de jurisdicción en todos los otros contratos suscritos por otros entes públicos (los Estados, los Municipios, los institutos autónomos o las empresas del Estado, por ejemplo, que son la mayoría); propuesta en la cual, además, el Presidente propuso abandonar la cláusula Calvo.

---

<sup>109</sup> Para leer sobre el arbitraje como derecho fundamental, Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. Cit.*, pp. 25, 27-28, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos. En este mismo sentido, Véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.

<sup>110</sup> El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. Véase por ejemplo el Tratado bilateral de inversión Venezuela-Francia en el *Gaceta Oficial* N° 37896 del 11 de marzo de 2004.

Esa fue precisamente la razón por la que como miembro de la Asamblea me opuse fuertemente a dicha propuesta, y más bien propuse incluir en la nueva Constitución el mismo texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961.

Afortunadamente, mi propuesta se impuso en el actual Artículo 151 de la Constitución de 1999, y se rechazó la propuesta del Presidente de reducir a sólo y únicamente respecto de la República (no de los estados, las municipalidades, las corporaciones o las empresas públicas), la previsión de que no se someterían “jamás a jurisdicciones extranjeras en un contrato de interés público.” Como se dijo, sin embargo, con respecto a los contratos públicos celebrados por otros entes estatales (que comprenden la gran mayoría de los contratos públicos) y con respecto a los tratados o acuerdos internacionales y a las leyes nacionales que establecen el arbitraje internacional, el Presidente propuso eliminar todos los límites al arbitraje, permitiéndolo incluso sin considerar la “naturaleza” del contrato o la cuestión que el mismo comprendiera. Partiendo de esta orientación, que no compartíamos, sin embargo, lo que resultaba claro era que ello era congruente con la intención del gobierno de incluir una oferta abierta e ilimitada para arbitrar todas sus disputas en un foro como el del CIADI en la Ley de Inversiones dictada por el propio Presidente de la República en esos mismos días.

Por su interés histórico en esta materia, deben destacarse las consecuencias que podría haber provocado la propuesta del Presidente Chávez,<sup>111</sup> de haber sido aprobada si se la compara con el texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961 (que se conservó en el Artículo 151 de la Constitución de 1999). En efecto, el Artículo 127 de la Constitución de 1961 disponía:

*Artículo 127.* “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamos extranjeros.”

---

<sup>111</sup> Véase Hugo Chávez Frías, Ideas Fundamentales para la Constitución bolivariana de Venezuela, 5 de agosto de 1999.

*Artículo propuesto por el Presidente Chávez:* “En los contratos celebrados por la República que sean considerados de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes”.

Esta propuesta presentada por el Presidente Chávez, sin duda, era extremadamente extraña e inapropiada respecto al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado, pues planteaba que en los contratos celebrados por todos los entes públicos o personas jurídicas (excepto la República), tales como los estados, las municipalidades, las instituciones autónomas y otras personas jurídicas del derecho público, así como cualquier otra empresa pública, no debía existir límite alguno en materia de renuncia a la inmunidad de jurisdicción. El Presidente Chávez, por tanto, en realidad proponía que la norma constitucional fuese más liberal que la norma de la Constitución de 1961, al reducir la inmunidad de jurisdicción absoluta sólo respecto de los contratos celebrados por la “República” y no por entidades públicas descentralizadas.

Pero, además, la propuesta del Presidente Chávez implicaba eliminar totalmente de la Constitución la llamada “cláusula Calvo,” de tradición más que centenaria, al eliminar la prohibición de que los contratos de interés público pudieran originar reclamos diplomáticos extranjeros contra la República. De estas propuestas, sin duda extrañas, sin embargo, lo que no se puede es concluir que el gobierno supuestamente estuviera opuesto en general al arbitraje internacional. Por el contrario, con esta propuesta, como lo sostuve en el debate de la Asamblea General Constituyente en septiembre de 1999,<sup>112</sup> lo que se intentaba era eliminar de la Constitución las restricciones en materia de inmunidad relativa de jurisdicción.

---

<sup>112</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209, 233.

### 3. *La ratificación de la tendencia pro-arbitraje en la legislación sancionada por el Gobierno en 1999*

En todo caso, la tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos de ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 en cuestiones relacionadas con la inversión en general, y en particular, con las inversiones en concesiones administrativas y licencias para obras y servicios públicos, y con el campo de los hidrocarburos gasíferos y minas, fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos. Por ejemplo, el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado.<sup>113</sup>

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector público muy importante y nacionalizado como es el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>114</sup> en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por las entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000,<sup>115</sup> por la cual se ratificó lo dispuesto por el Artículo 151 de la Constitución de 1999. Esta Ley estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual “las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje,” debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en

---

<sup>113</sup> Artículos 312-326. Código Orgánico Tributario, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

<sup>114</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>115</sup> Ley Orgánica Habilitante de noviembre de 2000, *Gaceta Oficial* N° 37076 del 13 de noviembre de 2000.

forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados.<sup>116</sup>

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirman, como lo dijo Balzán, que en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración pública.”<sup>117</sup>

4. *La intención del gobierno en 1999 de expresar el consentimiento del Estado para el arbitraje internacional en el artículo 22 de la Ley de Inversiones*

Esa tendencia fue precisamente la que se evidenció en la intención de los redactores de la Ley de Inversiones y del Ejecutivo Nacional al considerarla y aprobarla en septiembre de 1999, y que se expresó en el antes mencionado Artículo 22, como una manifestación de consentimiento de la República de someter las disputas en materia de inversiones a arbitraje internacional, en especial ante el CIADI; en la forma de oferta abierta, sujeta solo a la condición de que los respectivos tratados o acuerdos, como el convenio CIADI, establecieran un marco o mecanismo para el arbitraje internacional. La oferta formulada le dio el derecho a los inversionistas de recurrir, de acuerdo a su propia voluntad, al arbitraje internacional o a los tribunales nacionales.

El Decreto Ley sobre la Ley de Inversiones, contrario a la práctica observada en casi todos los decretos ley dictados por el Presidente de la República en aquel momento, no tuvo una Exposición de Motivos, lo

---

<sup>116</sup> Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por medio del Decreto Ley N° 1531 del 7 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001 y la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2001. Véase la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, *Gaceta Oficial* N° 5568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

<sup>117</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 299.

que no implica por supuesto, que la Ley en sí misma no tuviera sus “motivos” o finalidades o que el Ejecutivo Nacional no tuviera una intención determinada al dictarla. La Ley de Inversiones, al contrario, tenía motivos precisos, no solo para promover y proteger las inversiones, sino también para promover el arbitraje, garantizar la resolución arbitral de las disputas, y, en consecuencia, limitar el alcance de la jurisdicción de los tribunales nacionales en esta materia. El objeto de la Ley de Inversiones, que en este sentido se vio expresado en su primer artículo, en el que quedaba claro que sus disposiciones buscaban “regular la actuación del Estado respecto de las inversiones y a los inversionistas, nacionales o extranjeros,” es decir, la Ley buscaba regular “la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional” (Artículo 1).<sup>118</sup> Y esto es lo que la Ley estipuló de manera precisa en su Artículo 22, al limitar, no excluir, la competencia de los tribunales nacionales en materia de inversiones al prever el arbitraje internacional, pero siempre permitiendo que fueran los inversores quienes escogieran la jurisdicción.

En este aspecto, en la ausencia de una “Exposición de Motivos” del Decreto Ley de la Ley de Inversiones, al ser éste producto de un proceso de redacción burocrático y no de un proceso parlamentario con debates realizados en un cuerpo legislativo, la intención de sus redactores es sin duda una fuente válida para determinar el objeto que tuvo el “legislador” al dictarla.<sup>119</sup> Esto se aplica particularmente a los borradores o papeles

---

<sup>118</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Protección de Inversiones en Venezuela,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 142, Caracas 2004, pp. 221-222.

<sup>119</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostiene que la determinación del objeto del Legislador debe “comenzar en la voluntad del redactor de la disposición, tal como surge de los debates previos a su promulgación”. Véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.173 del día 15 de junio de 2004 (Caso: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), en *Revista de Derecho Público* N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 y ss.

de trabajo del proyecto de Decreto,<sup>120</sup> a cuyo efecto debe tenerse en cuenta, por ser de público conocimiento, que dicho proyecto de Ley de Inversiones de 1999 se redactó bajo la dirección del entonces Embajador Jefe de la Delegación permanente de Venezuela ante la OMC y los organismos de la ONU con sede en Ginebra,<sup>121</sup> quien había tenido una importante función en la formulación de políticas venezolanas en favor de las inversiones, incluyendo las negociaciones de un fallido tratado bilateral de inversiones con los EE. UU. que no llegó a firmarse.<sup>122</sup> Dicho funcionario tuvo a su cargo la dirección del proceso de redacción de la Ley de Inversiones<sup>123</sup>, a cuyo efecto preparó informes y dictámenes

---

<sup>120</sup> Es lo que en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 se denominó como “medios de interpretación complementarios” que incluye la referencia a los tratados, su “trabajo preparatorio” y las “circunstancias de su terminación” (Artículo 32).

<sup>121</sup> El embajador era el Ing. Werner Corrales-Leal. V. Eduardo Camel A., “Ley de promoción de Inversiones viola acuerdos suscritos por Venezuela”, *El Nacional*, Caracas 15 de septiembre de 1999. El carácter de Corrales como redactor se reconoció de manera oficial, por ejemplo, en un comunicado de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales, “Resumen de Medios nacionales e Internacionales”, 29 de abril de 2009, p. 23. Véase también Alberto Cova, “Venezuela incumple Ley de Promoción de Inversiones”, en *El Nacional*, 24 de abril de 2009.

<sup>122</sup> Por ejemplo, véase Gioconda Soto, “Cancillería llama a consultas a Corrales y Echeverría,” en *El Nacional*, 10 de junio de 1998; Fabiola Zerpa, “Venezuela rechaza presiones para firmar Acuerdo con EEUU,” *El Nacional*, Caracas 12 de junio de 1998; Alfredo Carquez Saavedra, “Tratado de inversiones con EE.UU. divide a negociadores venezolanos,” en *El Nacional*, Caracas 16 de junio de 1998.

<sup>123</sup> En enero de 1999, el Embajador Corrales como Jefe de Representantes Permanentes de Venezuela ante la OMC y la ONU con sede en Ginebra, presentó ante el Gobierno un documento titulado “Formulación de un Anteproyecto de ley de promoción y Protección de Inversiones (Términos de referencia), enero 1999”. Este documento se cita en Werner Corrales Leal y Marta Rivera Colomina, “Algunas ideas sobre el Nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela,” y en Luis Tineo y Julia Barragán (Comp.), *La OMC como espacio normativo. Un reto para Venezuela*, Asociación Venezolana de Derecho y Economía, Caracas, p. 195; también en Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales,



para el Gobierno. Uno de estos informes, de abril de 1999, contenía ideas para el diseño del régimen legal de promoción y protección de inversiones en Venezuela,<sup>124</sup> y en el mismo se explicó que “un régimen aplicable a inversiones extranjeras debe dejar abierta la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, el cual, actualmente, se acepta casi en todos los países del mundo, ya sea por medio del mecanismo que prevé el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) o por medio de la presentación de la disputa ante un árbitro internacional o un tribunal arbitral *ad hoc* como el propuesto por UNCITRAL.”<sup>125</sup>

Esta opinión expresada en este documento fue expuesta de manera aún más explícita en un ensayo escrito por los mismos autores en el que explicaron “*Algunas ideas sobre el Nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela*” publicado poco después de que la Ley de Inversiones de 1999 entrara en vigencia. Los autores y corretores de la Ley de Inversiones en dicho ensayo declararon que “un régimen aplicable a inversiones extranjeras debe mantener la posibilidad de recurrir unilateralmente al arbitraje internacional, el cual, actualmente, se acepta casi en todos los países del mundo, ya sea por medio del mecanismo que prevé el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) o por medio de la presentación de la disputa ante un árbitro internacional o un tribunal arbitral *ad hoc* como el propuesto por UNCITRAL.”<sup>126</sup> La referencia que se hizo de recurrir de manera

---

¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos,” *loc. cit.*, p. 116; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, pp. 155-156.

<sup>124</sup> Véase Werner Corrales-Leal y Marta Rivera Colomina, “Algunas ideas relativas al diseño de un régimen legal de promoción y protección de inversiones en Venezuela,” 30 de abril de 1999. Documento preparado por solicitud del Ministro de CORDIPLAN.

<sup>125</sup> *Íd.*, pp. 10-11.

<sup>126</sup> Véase Werner Corrales-Leal y Marta Rivera Colomina, “Algunas ideas sobre el nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela,” *cit.* p. 185. En la ausencia del “historial legislativo” del Decreto Ley, Victorino Tejera Pérez considera que dicho artículo de Corrales y Rivera “podría ser considerado como un medio complementario de interpretación,

*unilateral* al arbitraje internacional dejaba en claro, sin duda, la intención de las personas encargadas de redactar la Ley de Inversiones de 1999 en el sentido de que el Artículo 22 expresara el consentimiento del Estado para llevar a cabo arbitrajes ante el CIADI, que era la única forma cómo los inversionistas podían tener la opción de recurrir de manera unilateral a dicho arbitraje internacional o de decidir presentarse ante tribunales nacionales.

Debido a que el Estado por medio del Gobierno (el Ejecutivo) era quien estaba en contacto con los redactores y quien también se encontraba involucrado (mediante el Gabinete Ejecutivo) en aprobar la Ley de Inversiones una vez que fuera redactada, esto implicaba, por tanto, también que esa debía tenerse como la intención del Estado. Dicho de otra manera, permitir recurrir de manera unilateral al arbitraje en relación con la Ley de Inversiones de 1999 presuponía que dicha ley preveía el consentimiento necesario para que el inversor tuviera el derecho de recurrir unilateralmente al arbitraje internacional.

El tribunal del CIADI en sus Sentencias en los casos *Mobil* y *Cemex*, haciendo referencia a estos trabajos contemporáneos de los redactores de la ley, cuando la misma se encontraba en proceso de redacción, expuso que el Embajador encargado “no remarcó que los redactores o el Artículo 22 buscaran prever el consentimiento en los arbitrajes del CIADI en la ausencia de tratados bilaterales de inversión” (Párr. 136; y Párr. 132, respectivamente), lo cual consideramos que fue una forma errónea de interpretar dichos ensayos. Los redactores trabajaron el proyecto en sus propias palabras, y con la autorización de la República para elaborar una Ley de Inversiones, en la cual consideraron necesario, en beneficio de los inversionistas, “dejar abierta la posibilidad de recurrir unilateralmente al arbitraje internacional”, siendo esto posible solo si el Estado había previsto en el mismo texto del Artículo 22 de la Ley de Inversiones el consentimiento necesario para el arbitraje del CIADI en la ausencia de tratados bilaterales de inversión.

---

como se establece en el Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”. Véase Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, p. 187; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, p. 115.

Como lo destacó de manera correcta el tribunal del CIADI en el caso *Cemex*, “la palabra ‘unilateralmente’ no apareció en el primer artículo del 30 de abril de 1999. Se agregó en el segundo artículo en 2000” (Párr. 131, Nota al pie 118), precisamente porque el segundo artículo se publicó luego de que se aprobara y publicara la Ley de Inversiones (mientras que el primer artículo se publicó antes de que la Ley de Inversiones fuera aprobada por la República). Al incorporar dicha palabra, los autores y corredactores de la Ley hicieron hincapié en la inclusión de la misma a fin de enfatizar que la única manera que el inversor tenía de “recurrir unilateralmente al arbitraje internacional,” era si poseían el derecho, como una opción, de someterse a un arbitraje o de presentarse ante un tribunal nacional. Esto, a su vez, solo podía ocurrir cuando el Estado había expresado su consentimiento de presentarse a un arbitraje, también de manera unilateral, y como una oferta abierta en el mismo texto del Artículo 22. En consecuencia, la única forma de comprender la interpretación errónea efectuada por parte de los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, es constatar que los tribunales, simplemente ignoraron la aclaratoria de la última frase del artículo 22 de la Ley de Inversiones, la cual ni siquiera se mencionó en el texto de las sentencias.

De todo lo anteriormente analizado, lo cierto es que contrariamente a lo que concluyeron los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, el historial legislativo conocido del Artículo 22 de la Ley de Inversiones suministró información importante sobre las intenciones de los redactores de la Ley de Inversiones, sobre la preparación de la Ley,<sup>127</sup> y sobre la intención de sus redactores en cuanto a la expresión unilateral de consentimiento para el arbitraje dado por el Estado incluido en el Artículo 22 de la Ley, como incluso se ratificó en 2009.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Incluso, Gonzalo Capriles, experto legal contratado por Cordiplan para trabajar conjuntamente con el Embajador Corrales, preparó un Borrador de la “Exposición de Motivos” de la Ley de Inversiones titulado: “Borrador de Exposición de Motivos de la Ley de promoción y protección de Inversiones,” 1999. Véase la referencia en Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Tesis de maestría, *cit.*, p. 154, Nota al pie 154.

<sup>128</sup> Dicha intención, por lo demás, quedó aclarada en una conferencia que dio el 28 de marzo de 2009 el Embajador Corrales, en un Seminario organizada en

Ese consentimiento expreso unilateral del Estado contenido en la Ley de Inversiones de 1999, fue sin embargo posteriormente desconocido por el Estado y erróneamente interpretado por las mencionadas sentencias de los tribunales CIADI, desconociéndose así el derecho que los inversionistas tenían conforme al artículo 22 de la Ley de Inversiones, en cual posteriormente fue eliminado de la legislación a partir de 2014, desapareciendo del ordenamiento jurídico la posibilidad de solución de conflictos en materia de contratos públicos, contribuyendo a ahuyentar del país a los inversionistas extranjeros.

---

Caracas por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) sobre “Arbitraje de Inversión en el Derecho Comparado,” en la cual explicó que sobre la cuestión de “si el Artículo 22 de la versión oficial de la Ley de Inversiones realmente incluye una oferta unilateral o abierta para el arbitraje,” que desde su punto de vista “la intención era ofrecer la posibilidad de un arbitraje unilateral abierto” lo que podía verificarse en varios artículos sobre la materia que había publicado en revistas internacionales y que también presentó en congresos internacionales. Concluyó Corrales su exposición afirmando que con ello dejaba “en claro que mi objeto como corredactor era ofrecer de la manera más amplia y transparente la posibilidad para los inversores de recurrir al arbitraje internacional como una oferta unilateral hecha por el Estado venezolano... En aquel momento pensamos, y continúo creyendo, que resultaba absolutamente necesario para una política pública que se relaciona fuertemente con promover el desarrollo, como es el caso de una política de inversión, ayudar en las inversiones al actuar en favor del desarrollo y pensábamos, y aún creo, que es absolutamente indispensable que los instrumentos legales protejan las inversiones ante la posibilidad de que el sistema judicial del país que recibe dicha inversión no sea independiente, como sucede lamentablemente hoy en día en Venezuela”. Véase en CEDCA, *Business Magazine* (junio de 2009), Informe Legal, Caracas 2009, pp. 77-82.

## QUINTA PARTE

### LA RECIENTE TENDENCIA HACIA LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL DERECHO VENEZOLANO (2013)

Publicado en el libro de: Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Ordóñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huáman Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830.

#### I. SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES

El gobierno de Venezuela firmó el 18 de agosto de 1993 la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), treinta años después de que había entrado en vigencia, el 14 de octubre de 1966, al haber sido ratificada por 20 países. La Convención fue aprobada el año siguiente, en 1994, al sancionarse la correspondiente Ley aprobatoria por el

Congreso,<sup>1</sup> la cual entró en vigencia el 1 de junio de 1995, después del depósito de la ratificación efectuado el 2 de mayo de 1995.

El texto del Convenio<sup>2</sup> había sido adoptado por la Junta de Directores del Banco Mundial en su reunión anual celebrada en Kyoto, Japón el 10 de septiembre de 1964, con el propósito de establecer un Centro para el arreglo de disputas sobre inversiones, a los efectos de procurar la conciliación y arbitramento de controversias sobre inversiones entre los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes. En dicha reunión, Venezuela, junto con otros Estados latinoamericanos, rechazaron la Convención; lo que no impidió que los Directores Ejecutivos del Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, sometieran la Convención junto con un *Informe* a los gobiernos de los Estados miembros para su consideración, con vista a su firma y ratificación.

Como se indicó en el Preámbulo de la Convención, ningún Estado contratante, por el mero hecho de la ratificación, aceptación o aprobación de la misma estará obligado sin su consentimiento a someter ninguna disputa particular a conciliación o arbitraje, de manera que adicionalmente a la ratificación de la Convención, para que un Estado esté sometido al Centro de arbitraje CIADI debe haber expresado su consentimiento por escrito. Por ello, el artículo 25.1 de la Convención en relación con la jurisdicción del CIADI, establece que la misma se extiende a cualquier disputa que surja directamente de una inversión, entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante, respecto de las cuales las partes en la controversia hayan consentido por escrito en someterla al Centro.

El mencionado *Informe* de los Directores Ejecutivos del 18 de marzo de 1965, sobre las diversas formas del consentimiento escrito por parte de los Estados contratantes del CIADI, a la jurisdicción del Centro de Arbitraje del mismo, además de la cláusula expresa que se pueda establecer en un contrato público o del Estado, como por ejemplo en los

---

<sup>1</sup> Véase Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en *Gaceta Oficial* N° 4.832 Extra. de 29-12-1994.

<sup>2</sup> Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-preamble.htm>

contratos de obra pública, o en un tratado o acuerdo bilateral para la protección de inversiones (BIT), precisó que “el Estado contratante en su legislación de promoción de inversiones puede ofrecer someter controversias resultantes de cierta clase de inversiones a la jurisdicción del Centro, en cuyo caso el inversionista puede dar su consentimiento mediante la aceptación por escrito de la oferta del Estado.

La mencionada Convención del CIADI fue denunciada oficialmente por el gobierno de Venezuela el 24 de enero de 2012, retirándose el Estado en forma irrevocable del Convenio CIADI. De acuerdo con el artículo 71 de la Convención, dicha denuncia comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI<sup>3</sup> se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994), del cual el autor de estas notas formó parte como Ministro para la Descentralización.

Por ello, con conocimiento de causa, afirmo, al contrario de lo indicado por el gobierno en 2012, que dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez de 1993 fue uno muy importante en la reciente historia política del país, que fue configurado por designación del Presidente por el Congreso con el apoyo de todos los partidos políticos, luego de que el órgano legislativo, en junio de 1993, resolviera remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, para que fuera sometido a juicio penal por hechos de corrupción. El gobierno transitorio fue designado a los efectos de completar el período constitucional del Presidente Pérez, teniendo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se realizaron en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica

---

<sup>3</sup> Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noticierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

que afectó al Estado de partidos de la época, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos,<sup>4</sup> al igual que en material de promoción y protección de inversiones, como la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

## II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y LA CLAUSULA CALVO EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Es falsa por tanto la imputación hecha al gobierno de 1993 de afectar la soberanía del país. Pero además, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 1992, a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999<sup>5</sup> supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabras las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo es una evidencia más de la más completa ignorancia del gobierno de 1992 en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado,<sup>6</sup> siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos públicos o estatales, excepto cuando por la naturaleza de los mismos ello fuera improcedente.

---

<sup>4</sup> Véase el libro colectivo: *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana, Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>5</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extra. de 2-2-2009. Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

<sup>6</sup> Véase en general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ff.



Esta restricción, por otra parte, solo se refiere a cláusulas de arbitraje contenidas en contratos públicos, no siendo destinada a regular el arbitraje resultante de una expresión de consentimiento del Estado expresado en una ley nacional.

El artículo 151 de la Constitución en efecto establece que:

“En los contratos de interés público, si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

Esta disposición básicamente reprodujo el contenido del artículo 127 de la Constitución de 1961, la cual se conservó en la Constitución de 1999 como lo propuse formalmente ante la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>7</sup> en particular, oponiéndome a la extraña e inapropiada propuesta formulada, entre otras, por el entonces Presidente Hugo Chávez a la Asamblea,<sup>8</sup> mediante las cuales, primero, invitaba a la completa eliminación del texto de la Constitución de la “Cláusula Calvo;”<sup>9</sup> y segundo, sugería volver al principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción pero solo y exclusivamente respecto de contratos públicos a ser suscritos por la “República,” eliminando toda restricción jurisdiccional en relación con contratos públicos suscritos por otros entes públicos que en definitiva son los más frecuentes e importantes,

---

<sup>7</sup> Véase sobre nuestra propuesta en relación con el artículo 151 en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>8</sup> Véase Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

<sup>9</sup> Véase sobre la adopción de la Cláusula Calvo en 1893, en Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.

como por ejemplo los suscritos por las empresas del Estado, por ejemplo en el área minera y de hidrocarburos. Tales propuestas presidenciales, sin duda, eran excesivamente permisivas en relación con el arbitraje internacional en materias de contratos estatales.

El artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999) contenía en efecto dos cláusulas que han estado en todos los textos constitucionales desde 1893.<sup>10</sup> La primera se refería al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado en relación con contratos públicos, la cual inicialmente se refirió a los contratos públicos suscritos por la República y los Estados federados, concebida además como una cláusula de una inmunidad absoluta. La misma fue reformada en 1901, extendiendo su alcance inicial para incluir no solo a los contratos nacionales y estatales, sino también a los contratos municipales y cualquier otro suscrito por otros órganos del poder público. Posteriormente, en 1947 se cambió el alcance de la inmunidad jurisdiccional, transformando la inmunidad absoluta en inmunidad relativa de jurisdicción, siguiendo las grandes líneas del derecho constitucional comparado.<sup>11</sup>

La propuesta del Presidente Chávez en 1999 en relación con esta cláusula constitucional consistía en restablecer el principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción que había sido abandonado en 1947, pero limitándolo sólo a algunos contratos públicos “nacionales,” es decir, los suscritos por la República, eliminando toda clase de restricción en materia jurisdiccional en relación con los contratos celebrados por los Estados, los Municipios y otros entes públicos, como las empresas del Estado. Dicha propuesta, como se ha dicho, era excesiva e inconvenientemente permisiva, particularmente por el hecho de que los contratos públicos comúnmente se suscriben por personas jurídicas estatales diferentes de la República, particularmente por los institutos

---

<sup>10</sup> Véanse los textos de las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, 2 vols.

<sup>11</sup> Véase Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, Académie Internationale de Droit International, Recueil des Cours 1980, The Hague 1981.

autónomos y las empresas del Estado.<sup>12</sup> De haberse aprobado la propuesta de Chávez en dichos contratos no se hubiera considerado incorporada la cláusula restrictiva.

En todo caso, y dejando aparte la fallida propuesta del Presidente de la República en 1999, la forma como la cláusula de inmunidad jurisdiccional se ha establecido en la Constitución, desde 1947, es decir, siguiendo el principio de inmunidad “relativa” no podía ni puede considerarse como algo extraordinario o inusual, particularmente porque sigue el mismo principio prevalente en el mundo contemporáneo. De acuerdo con esta cláusula, el Estado está autorizado en la Constitución para someter a arbitraje internacional materias relativas a contratos de interés público, excepto si su naturaleza lo impide, lo que se refiere a materias generalmente conocidas como perteneciente al *ius imperii*. Es por ello que el argumento del gobierno de Venezuela de retirarse de la Convención CIADI, en el sentido de que el artículo 151 de la Constitución de 1999 rechaza el arbitraje, simplemente demuestra que no se ha entendido realmente el contenido de dicha previsión, del cual ninguna reticencia en relación con el arbitraje puede deducirse.

Al contrario, la previsión del artículo 151 constitucional es precisamente la que permite el arbitraje internacional en relación con el Estado venezolano de acuerdo con el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción, que es el generalmente aceptado en el mundo contemporáneo. En consecuencia, nada en el sistema constitucional y legal venezolano autoriza al gobierno para señalar que el mencionado artículo 151 de la Constitución supuestamente “invalida en su espíritu, y en sus palabras, las previsiones de la Convención CIADI,” lo que significaba considerar que una expresión de consentimiento para arbitraje internacional como la contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones supuestamente era inconcebible a la luz del artículo 151 de la Constitución.

---

<sup>12</sup> Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

Al contrario, precisamente es en conformidad con la orientación establecida en dicho artículo, que se autoriza al Estado a dar su consentimiento al arbitraje internacional.

La segunda cláusula contenida en el artículo 127 de la Constitución de 1961, la cual incorporada en las Constituciones desde 1893, había permanecido desde entonces inalterada en los textos constitucionales, y que el Presidente Chávez en 1999 pretendía fuera eliminada de la Constitución es la denominada “Cláusula Calvo,” conforme a la cual en Venezuela se excluyen, considerándose inadmisibles, las reclamaciones diplomáticas en relación con contratos públicos suscritos entre los diferentes órganos del Estado y entidades o personas extranjeras. El Presidente Hugo Chávez, en su extraña propuesta de reforma constitucional formulada ante la Asamblea Constituyente de 1999, como se dijo, pretendía eliminar completamente de la Constitución esta centenaria cláusula, y en consecuencia permitir la posibilidad de que en contratos de interés público, su ejecución pudiera dar origen a reclamaciones diplomáticas extranjeras contra la República.<sup>13</sup> Dicha propuesta era también totalmente inadmisibile, en interés del propio Estado.

Por último, debe mencionarse que el artículo 127 de la Constitución de 1961, como el artículo 151 de la Constitución de 1999 al establecer el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción y, además, la cláusula Calvo, se refiere a los casos relativos a los contratos de interés público, esto es, básicamente aquellos suscritos por las tres divisiones territoriales del Estado (la República los Estados y los Municipios). La cláusula permite la posibilidad para el Estado de dar su consentimiento en dichos contratos para someter a arbitraje internacional, por ejemplo, disputas relativas a materias comerciales derivadas de tales contratos públicos. En cambio, en los casos de jurisdicción para arbitraje internacional del Centro CIADI, basada en el consentimiento dado por el Estado mediante una ley, como es el caso del artículo 22 de la Ley de Inversiones, los tribunales CIADI no tienen relación con contratos de interés público de los regulados en el artículo 151 de la Constitución. Dichos Tribunales, en ese caso, solo tienen relación con el consentimiento dado por el Estado unilateralmente en una ley nacional

---

<sup>13</sup> *Idem.*

(Artículo 22 e la ley de Inversiones) para someter a arbitraje internacional materias relativas a inversiones, que son en general, de naturaleza industrial, comercial o financiera.

### III. EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA LEY DE INVERSIONES

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI,”<sup>14</sup> por supuesto, ignoró la importancia de la Convención CIADI para atraer inversionistas internacionales, lo que se puso en evidencia por el hecho de que entre 1993 y 1998 no sólo se suscribieron muchos tratados bilaterales de inversión (BITs), específicamente estableciendo el mecanismo de arbitraje internacional, y particularmente la jurisdicción del Centro CIADI,<sup>15</sup> y se estableció la cláusula de arbitraje internacional en muchos contratos públicos, sino que además, en 1999 se sancionó mediante Decreto Ley N° 356 de 3 de octubre de 1999, la Ley de Inversiones, en la cual se incorporó el arbitraje internacional, particularmente incluso incluyendo en su artículo 22 no sólo el reconocimiento formal de la jurisdicción del CIADI, sino el consentimiento escrito de la República de Venezuela como oferta pública abierta, de someter las controversias sobre inversiones al Centro

---

<sup>14</sup> Véase James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI”, en *El Universal*, Caracas February 7, 2012, y en <http://www.eluniversal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

<sup>15</sup> La lista de los Tratados bilaterales puede verse en <http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; ICSID Database of Bilateral Investment Treaties at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments On-line Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. Véase también en José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs)*, Caracas 2007; Tatiana B. de Maekel, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105.

de arbitraje CIADI,<sup>16</sup> conforme al artículo 25.1 de la Convención CIADI. Dicha norma, evidentemente, por su contenido, no fue una previsión incorporada subrepticamente en la Ley “bajo la influencia de las corrientes globalizantes” como se ha afirmado sin fundamento.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción”, en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 279-288. Véase además, por ejemplo, Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 392. Otros comentaristas también han llegado a la misma conclusión acerca de la similitud entre el artículo 8 de la Ley N° 43 de Egipto y el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela de 1999. Véase, por ejemplo, Victorino Tejera Pérez, “Las leyes municipales de inversión, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones de Venezuela: Un estudio de casos”, en Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 104-105; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 175. See also: See for instante Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002 (ISSN 1870-4654). <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cm/>; Guillaume Lemenez de Kerdelleau, “State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law” en *TDM*, Vol. 4, Issue 3, June 2007; M.D. Nolan and F.G. Sourgens, “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study” en *TDM*, Provisional Issue, September 2007. En contra de esta posición, véase por ejemplo, Omar E. García-Bolívar, “El arbitraje en el marco de la ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones,” en *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, N° 26, Caracas 2008, pp. 313 ff; y más recientemente, Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 123 ff. Sansó, en particular, critica nuestra opinión, pp. 146-148.

<sup>17</sup> Véase Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, p. 132.

Al contrario, se trató de una decisión conciente adoptada por el gobierno en un momento en el cual estaba buscando y promoviendo inversión internacional en el país, dando a los inversionistas garantías de seguridad jurídica, como la resolución de controversias por tribunales arbitrales. Con tal propósito, en el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, el Estado dio su consentimiento para someter disputas relativas a inversiones ante el Centro CIADI, expresado en la forma de una oferta abierta de arbitraje, sujeta a la aceptación del inversionista demandante en una controversia, el cual, a su voluntad, sin embargo, conforme a la misma norma podía optar por acudir a los tribunales nacionales. En tal forma, no sólo la firma de la Convención CIADI en 1993, sino el mismo texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, reflejaron la tendencia pro-arbitraje que existía en Venezuela en dicho tiempo, y que se había desarrollado en las décadas anteriores, cristalizando no sólo en el artículo 258 de la Constitución que obliga al Estado a promover el arbitraje, sino en la sanción en paralelo de la Ley de Inversiones de 1999. La misma tendencia se reflejó en muchas otras leyes sancionadas a partir el mismo año 1999.

Es decir, el artículo 22 de la Ley de Inversiones como expresión de un consentimiento unilateral del Estado de someter las controversias con los inversionistas internacionales ante la jurisdicción de arbitraje del CIADI, sin duda fue intencionalmente incluido por el Ejecutivo Nacional, al promulgar el Decreto Ley N° 356 del 3 de octubre de 1999, reflejando la política general definida por el Gobierno en el momento de su promulgación con el fin de atraer y promover las inversiones internacionales en el país. Ello además condujo, al mismo tiempo, a la redacción del mandato constitucional del mencionado artículo 258 de la Constitución de 1999, que impuso a todos los órganos del Estado (no solo a los órganos legislativos, sino también a los judiciales)<sup>18</sup> la tarea

---

<sup>18</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 27.

de promover el arbitraje, razón por la cual otras leyes, también conforme al principio pro-arbitraje, se expidieron en el mismo momento.<sup>19</sup>

Ello explica que el arbitraje, como medio de resolución de diferencias, se incluyó en muchas otras leyes adoptadas por el Gobierno en los mismos meses de sanción de la Ley de Inversiones, y en esta misma, además, hay otras referencias a la posibilidad de arbitraje. En efecto, además del artículo 22, el arbitraje también se contempla en el artículo 18.4 de la Ley respecto a los contratos públicos de estabilidad jurídica. Así, a raíz de las regulaciones de 1998 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Estado y un inversionista internacional podrían establecer el mecanismo de arbitraje en un acto bilateral (el contrato de estabilidad jurídica) como medio para resolver las controversias contractuales. El arbitraje también se prevé en el artículo 21 de la Ley de Inversiones en relación con la solución de controversias relativas a la ley de inversión que puedan surgir entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional. Cuando los medios diplomáticos fallan, la Ley impone la obligación al Estado de procurar la presentación de las diferencias ante un Tribunal Arbitral, cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de costo deben negociarse en un acto bilateral con el otro Estado. En estos dos primeros casos, con el fin de proceder con el arbitraje, la Ley establece claramente la necesidad de un acto bilateral separado que se negociará entre las partes.

Por el contrario, en las otras dos disposiciones de la Ley de Inversiones que prevén el arbitraje, los artículos 22 y 23, el Estado proporcionó su consentimiento para el arbitraje de antemano como una oferta abierta, de la misma manera como se prevé en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión. El artículo 22 también utilizó una redacción similar de que las controversias “serán sometidas” a arbitraje internacional, tal como se utiliza en muchos de los tratados bilaterales de inversión anteriores a 1999. Tanto la Ley de Inversiones como los tratados bilaterales de inversión prevén que los inversionistas, a su voluntad, pueden optar de manera unilateral por ir a arbitraje o recurrir

---

<sup>19</sup> *Idem.* p. 31. Véase también Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 66-67.



a los tribunales nacionales.<sup>20</sup> En el caso del artículo 22, como se mencionó anteriormente, el Estado expresó con antelación, como oferta abierta, su consentimiento para ir a arbitraje internacional sujeto a la única condición de que los tratados, convenios o acuerdos prevean mecanismos arbitrales o un marco para el arbitraje internacional.

#### **IV. LA PROGRESIVA TENDENCIA PRO-ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN LEGAL DURANTE LOS AÑOS ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE INVERSIONES DE 1999**

Como se ha dicho, la manifestación contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones fue reflejo de la tendencia por arbitraje que se ha habido desarrollado en Venezuela durante las últimas décadas, y que se materializó en el Artículo 258 de la Constitución de 1999 y en varias leyes; momento para el cual la hostilidad tradicional que se había generado contra el arbitraje como resultado de las experiencias de finales del siglo XIX, puede decirse que se encontraba superada. Por ello la Ley de Inversiones de 1999 fue una legislación completamente compatible con sus antecedentes históricos, incluida la ratificación por el Estado, entre 1993 y 1998, de gran cantidad de tratados para la protección y la promoción de las inversiones (que también contribuyeron al arbitraje internacional), además de otras disposiciones legales relacionadas con el arbitraje adoptadas en ese tiempo.

Además, la situación económica y social reinante al momento en que fuera sancionada la Ley de Inversiones de 1999 explica que el antiguo Congreso y el Ejecutivo Nacional, en sus funciones de legisladores, pretendían promover la inversión, siendo el consentimiento al arbitraje internacional un medio para lograrlo.<sup>21</sup> Esta intención

---

<sup>20</sup> Véase al respecto Tatiana B. de Maekelt, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 340-341.

<sup>21</sup> Véase Victorino Tejera Pérez, “Las leyes municipales de inversión, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos,” *loc. cit.*, p. 113; Victorino Tejera Pérez,

general se aprecia claramente reflejada en la Ley de Inversiones de 1999 en su conjunto, la cual tuvo como objetivo principal promover y proteger la inversión extranjera a través de la regulación de las acciones del Estado respecto al tratamiento de dicha inversión. Someter las controversias al arbitraje internacional es precisamente uno de los recursos fundamentales para proteger los inversionistas y las inversiones extranjeras.<sup>22</sup>

1. *Los antecedentes históricos en cuestión de arbitraje: de la hostilidad a la aceptación*

Un buen resumen de los antecedentes históricos de la Ley de Inversiones se puede encontrar en lo expuesto por Alfredo Morles Hernández en 2005 en su exposición de apertura del Seminario convocado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en Caracas, en los que después de analizar las hostilidades precedentes destacó la actitud favorable en ese momento hacia el arbitraje, mencionando, particularmente los efectos de la ratificación durante las últimas décadas de todas las convenciones más importantes, con particular referencia a la Convención del CIADI, a la cual consideró como de “aceptación prácticamente universal.”<sup>23</sup>

---

*Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 154

<sup>22</sup> Incluso la sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo, del año 2008, reconoció que una de las formas en que los Estados atraen las inversiones extranjeras es haciendo una promesa unilateral de someter las diferencias a arbitraje: La Sala expresó: “Resulta imposible ignorar que los Estados que buscan atraer inversiones deben, manteniendo su soberanía, otorgar ciertas garantías a los inversionistas, a fin de concretar esa relación. Dentro de las variables empleadas para lograr estas inversiones, es común incluir un acuerdo de arbitraje que, a juicio de los inversionistas, les brinde seguridad respecto al –ya mencionado– temor de una posible parcialidad de los tribunales del Estado en favor de sus propios ciudadanos.”

<sup>23</sup> Véase Alfredo Morles Herández, “Presentación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 12-13.

Otra situación fue la posición del Profesor Morles con respecto a la posibilidad de renuncia a la inmunidad jurisdiccional en los contratos públicos celebrados por la República en materia de *empréstito público* externo. Desde 1970, el Morles había criticado la opinión legal de la Procuraduría General de la República (expresada en 1977), que consideraba aceptable incorporar en los contratos de empréstito público externo cláusulas por las que se renunciaba a la inmunidad jurisdiccional del Estado, y que fueron ampliamente incorporada en los contratos públicos de esos tiempos.<sup>24</sup> Lo cierto, en todo caso, es que particularmente luego de la sanción de la Constitución de 1961 y mucho antes de 1999, la República había aceptado de una manera muy amplia, especialmente en lo relativo a los contratos públicos, la posibilidad de renunciar a la inmunidad jurisdiccional.

2. *La evolución constitucional en cuanto a la inmunidad jurisdiccional del Estado y la cura de viejas heridas diplomáticas*

En dicha materia, en todo caso, todo caso, es útil recordar la evolución de las disposiciones constitucionales en Venezuela en materia de arbitraje internacional y en cuanto a la inmunidad de jurisdicción. En tal sentido, lo cierto fue que durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del XX, el arbitraje internacional era la regla general, al punto de que las Constituciones obligaban a establecer en una cláusula que debía incorporarse a todos los tratados internacionales para la solución de toda controversia entre las partes Contratantes.<sup>25</sup> En 1947 se

<sup>24</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717

<sup>25</sup> En las Constituciones de 1864 (Artículo 112), 1874 (Artículo 112), 1881 (Artículo 109), 1891 (Artículo 109), 1893 (Artículo 141), 1901 (Artículo 133), 1904 (Artículo 120), 1909 (Artículo 138), 1914 (Artículo 120) y 1922 (Artículo 120), se incluyó un Artículo que establecía que en todos los tratados internacionales se debía incluir una cláusula que dijera lo siguiente: “Toda controversia entre las partes contratantes será resuelta, sin recurrir a la guerra, por el arbitraje del Estado o Estados amigos”. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y

reincorporó una cláusula, aunque con un alcance más amplio, referida a todos los acuerdos internacionales (y no sólo los tratados) y a la solución de controversias por medios pacíficos (y no sólo el arbitraje) reconocidos por el derecho internacional.

Por otra parte, la Constitución incluyó, desde 1893, un importante artículo con tres cláusulas específicas: primero, la prohibición de transferir contratos de interés público a Estados extranjeros; segundo, la cláusula de inmunidad absoluta por jurisdicción que estipulaba la obligación de incorporarla a todos los contratos públicos; y tercero, la llamada “cláusula Calvo”, que excluye todo reclamo diplomático en lo concerniente a dichos contratos públicos. Todas estas cláusulas aún permanecen en la Constitución, aun cuando la segunda fue modificada en 1947 y desde 1961 se transformó en una cláusula de inmunidad relativa por jurisdicción. Fue diez años después de la reforma constitucional de 1893, desde 1902, cuando en realidad se desarrolló cierta cultura hostil respecto del arbitraje, particularmente por el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana que buscaban el cobro forzoso de la deuda pública, lo que derivó en la aplicación en Venezuela de la conocida “doctrina Drago”.

Luego de todas las experiencias previas, en particular aquellas ocurridas a comienzos del siglo XX, desde que se adoptó la Constitución de 1961 y, en particular, debido al restablecimiento del principio de inmunidad relativa de la soberanía, basado en una disposición similar incluida en el Artículo 108 de la Constitución de 1947, la introducción de cláusulas obligatorias de arbitraje en contratos públicos se ha convertido en una práctica comúnmente aceptada y reconocida como válida.<sup>26</sup>

---

Sociales, Caracas 2008. Véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 410.

<sup>26</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N.º 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265. La posibilidad de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos públicos se estudió por primera vez en Venezuela en 1960, incluso antes de

Además, en 1995 Venezuela ratificó la Convención del CIADI<sup>27</sup> y entre 1993 y 1998 firmó distintos tratados bilaterales de inversión que estipulaban el arbitraje internacional.

### 3. *La aceptación general del arbitraje en cuestiones de derecho privado*

En materia de derecho privado, luego de que el arbitraje fuera establecido inicialmente como un derecho constitucional en la Constitución de 1830 (Art. 140),<sup>28</sup> y fuera regulado en el siglo XIX como medio alternativo de resolución de disputas de carácter vinculante en las disposiciones de procedimiento civil, a principios del siglo XX, luego de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916, el arbitraje pasó a ser establecido solo como método no vinculante de resolución de controversias; no siendo obligatorio (Artículos 502-522). Fue en 1986 cuando el Código de Procedimiento Civil fue modificado para permitir a las partes pudieran celebrar un acuerdo vinculante para someter las controversias a los tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608-629).<sup>29</sup> Además,

---

sancionar la Constitución de 1961. Véase Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22. Véase además Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

<sup>27</sup> *Gaceta Oficial* N° 35685 del 3 de abril de 1995.

<sup>28</sup> Véase J. Eloy Anzola. “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en *la Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, p. 62

<sup>29</sup> Para conocer la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, véase Víctor Hugo

a través de leyes especiales se permitió el arbitraje en áreas relacionadas con los derechos de autor, seguros, protección al consumidor, trabajo y reforma agraria.<sup>30</sup>

Posteriormente, Venezuela ratificó la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,<sup>31</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975,<sup>32</sup> y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).<sup>33</sup> En 1998, Venezuela adoptó la Ley de Arbitraje

---

Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p.408.

<sup>30</sup> Véanse las leyes enumeradas, incluidas la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), la Ley de Empresas de Seguro (1994), la Ley de Protección al Consumidor (1995) y la Ley Orgánica del Trabajo (1990) en Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, pp. 44-46; y en la Sentencia N° 1541 de 2008.

<sup>31</sup> *Gaceta Oficial* N° 33144 del 15 de enero de 1985.

<sup>32</sup> *Gaceta Oficial* N° 33170 del 22 de febrero de 1985.

<sup>33</sup> *Gaceta Oficial* (Extra) N° 4832 del 29 de diciembre de 1994.

Comercial,<sup>34</sup> que se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.<sup>35</sup>

Por otra parte, específicamente en materia de inversiones extranjeras, y de conformidad con el régimen existente en esos tiempos, el decreto N° 2095 del 13 de febrero de 1992, que contenía la normativa sobre el “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por Sentencias N° 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena” estipuló en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”<sup>36</sup> Por consiguiente, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias de inversión se convirtió en una práctica generalizada.

4. *La aceptación general del arbitraje en cuestiones derivadas de contratos públicos y el sentido de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial y del Artículo 151 de la Constitución*

Específicamente, respecto al amplio uso de los mecanismos de arbitraje de conformidad con la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa de los contratos públicos, debido a la disposición constitucional de la Constitución de 1961 que destacó Morles,<sup>37</sup> como lo señalaran los tribunales del CIADI en los casos *Mobil* y *Cemex*, demuestra que en 1993 “en Venezuela el ambiente era cada vez más favorable para el arbitraje internacional” (Parr. 130; y Parr. 125, respectivamente) en el sentido de que “la hostilidad tradicional hacia el arbitraje internacional se había desvanecido en los 90 para dar lugar a una actitud más positiva” (caso *Mobil*, Parr. 131). Sin embargo, el Tribunal del CIADI en el caso

<sup>34</sup> *Gaceta Oficial* N° 36430 del 7 de abril de 1998.

<sup>35</sup> Véase en general, Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” *loc. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>36</sup> *Gaceta Oficial* N° 34930 del 25 de marzo de 1992.

<sup>37</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” *loc. cit.*, p. 1717.

*Mobil* agregó, de manera incomprensible, que: “Sin embargo, Venezuela permanecía reacia con respecto al arbitraje contractual en la esfera pública, como lo demuestra [el Artículo 4 de] la Ley de Arbitraje de 1998 y el Artículo 151 de la Constitución de 1999” (Parr. 131; 127, 128). Lo mismo se afirmó en la sentencia del *caso Cemex* (Parr. 125). Estos Tribunales, en mi criterio, no comprendieron realmente el contenido de estas dos disposiciones, de las cuales no puede derivar ninguna actitud “reacia” hacia el arbitraje.

El Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, en efecto, dispone que:

“Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).”

Se trata de una disposición fundamental exclusivamente sobre el procedimiento administrativo, que sólo impone que el acuerdo de arbitraje cuando sea celebrado por entidades descentralizadas del sector público sea suscrito de conformidad con sus reglamentos, y con la aprobación expresa del Ministro de tutela de la específica entidad descentralizada. Esta disposición, por tanto, sólo establece un requisito de procedimientos administrativos,<sup>38</sup> no pudiendo considerarse de ello que el Estado tenga alguna actitud reacia hacia el arbitraje contractual.

Aún más incomprensible es la referencia en las sentencias al Artículo 151 de la Constitución como supuesta prueba del “rechazo” de Venezuela hacia el arbitraje contractual. Dicha disposición establece, como se reconoce por lo general en el derecho internacional, por un

---

<sup>38</sup> Véanse sobre este Artículo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas 1999, pp. 169-204.



lado, el principio de inmunidad relativa de la jurisdicción en cuestiones derivadas de contratos públicos; y por otro lado, el principio que rige que los Estados extranjeros no pueden iniciar procesos diplomáticos contra el Estado venezolano como consecuencia de contratos públicos celebrados con corporaciones extranjeras (“cláusula Calvo”).<sup>39</sup> De dicha norma, por tanto, nada extraordinario o fuera de lo común puede encontrarse.

5. *La política de inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos públicos desde la década de los noventa*

Por otra parte, debe mencionarse que desde los años noventa se ha incorporaron expresamente cláusulas sobre arbitraje en muchas leyes. Primero, en 1994, en el Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994, que contenía la Ley orgánica sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales.<sup>40</sup> Esta ley incluyó un Artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable” (Artículo 10).<sup>41</sup>

Segundo, debe mencionarse que, en 1995, el Congreso adoptó el *Acuerdo* mediante el cual se estableció el marco de Condiciones para

---

<sup>39</sup> Véase sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>40</sup> *Gaceta Oficial* N° 4719 Extra. del 26 de abril de 1994.

<sup>41</sup> Véase Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 178. Este autor consideró en 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible”, *Íd.* p. 177.

los “Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas” del día 4 de julio de 1995,<sup>42</sup> en el cual se estableció expresamente una cláusula arbitral para la solución de controversias. La misma fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema mediante acción popular interpuesta, entre otros, por diputados al Congreso. La Corte Suprema en 1999 decidió el caso, declarando sin lugar la demanda, ratificando la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, sosteniendo que la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos públicos de asociación para la explotación petrolera eran válidos en los términos del Artículo 127 de la Constitución de 1961, vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999).<sup>43</sup> Dicha sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido considerada como un precedente judicial clave en materia de arbitraje

---

<sup>42</sup> *Gaceta Oficial* N° 35754 del 17 de julio de 1995.

<sup>43</sup> Véase la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%20%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf> (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280-328. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase la Sentencia N.º 1541 del 2008 y la Sentencia N.º 97 del 11 de febrero de 2009 (*Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.*). Véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229.

en contratos públicos y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción en el país.<sup>44</sup>

Durante el mismo período de tiempo de finales de los noventa se incorporó el Artículo 4 en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, en el cual se admitió en forma expresa la incorporación de las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, sujetos a la aprobación del órgano competente, de conformidad con los reglamentos de la entidad y con la autorización escrita del Ministerio de tutela en los casos de entidades descentralizadas. Se trató, en todo caso, de una disposición que lo que evidencia es la ratificación y aceptación expresa por parte del Congreso de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, estableciendo a tal efecto, reglas de gestión elementales en la Administración pública, como las derivadas del ejercicio del control administrativo.

Por otra parte, la disponibilidad del arbitraje como recurso para la solución de controversias en contratos del Estado ha sido reconocida en gran número de sentencias judiciales posteriores, varias de las cuales fueron emitidas con anterioridad a la sanción de la Ley de Inversiones de 1999.<sup>45</sup> Por ejemplo, el 15 de junio del mismo año 1998, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia del *caso Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs.*

---

<sup>44</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” en las *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. II, Caracas 2006, pp. 349-357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, pp. 434-435, pp. 438-39.

<sup>45</sup> Véanse los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 333-335, 349, y en José G. Villafranca, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

*República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo las cuestiones de seguridad y defensa nacional.<sup>46</sup>

De lo anterior resulta que, en realidad, en las décadas anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud histórica que existió en el pasado de “reticencia” respecto de las cláusulas de arbitraje y respecto del tema de la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los contratos de derecho público, incluso antes de la sanción de la Constitución de 1961 y de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986. Esta tendencia se consolidó legislativamente, precisamente a partir de 1999

## **V. LA POLÍTICA PÚBLICA PRO-ARBITRAJE DEFINIDA POR EL GOBIERNO EN 1999 Y PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999**

### *1. La tendencia pro-arbitraje de toda la legislación sancionada en 1999, particularmente la referida a contratos públicos*

En efecto, la sanción de la Ley de Inversiones de 1999 fue el resultado de una política económica definida por el nuevo gobierno que comenzó en febrero de ese año, destinada a atraer inversiones y, particularmente, inversiones extranjeras. Para ello, el Presidente Hugo Chávez, quien había sido electo por primera vez en diciembre de 1998 y asumió su cargo el 2 de febrero de 1999, propuso al Congreso la sanción de una Ley orgánica e habilitación legislativa que lo autorizara a sancionar un conjunto de decretos leyes relacionadas con la administración, las finanzas, los impuestos y la economía públicas, con particular énfasis, en este último campo para promover, proteger e incentivar las inversiones extranjeras en el país.

Con base en el proyecto presentado por el mismo Ejecutivo Nacional, unas semanas después, en abril de 1999, el Congreso sancionó

---

<sup>46</sup> Véase las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución”, *loc. cit.*, pp. 349-350.

la Ley Orgánica habilitante de abril de ese año 1999,<sup>47</sup> autorizando al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además lo autorizó para “reformar el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i). Fue por tanto el Ejecutivo Nacional el que definió las políticas económicas del país, centrándose en la promoción y protección de las inversiones en general, y en cuestiones de obras y servicios públicos, hidrocarburos, gas y minas, propósito para el cual efectivamente recibió una amplísima y comprensiva autorización legislativa con el fin de sancionar leyes por medio de la legislación delegada. Y fue precisamente a través de esta autorización legislativa que el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ley que contenido de la Ley de Inversiones de 1999, así como varios otros Decretos Ley.

Por otra parte, un mes después de que fuera publicada la sentencia de agosto de 1999 de la antigua Corte Suprema de Justicia, por la cual se rechazó la impugnación del Acuerdo del Congreso sobre los Convenios de asociación petroleros, la cual entre otros argumentos se fundamentaba en el hecho de que los referidos Convenios de Asociación, como contratos públicos, incluían una cláusula arbitral,<sup>48</sup> el Presidente de la República procedió a sancionar cuatro Decretos Ley importantes en ejecución de las disposiciones de la Ley habilitante antes mencionada, relativos a inversiones (Artículos 1.4.f; 1.4.h; 1.4.i; y

---

<sup>47</sup> Véase la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República Para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público en el Gaceta Oficial N° 36687 del 26 de abril de 1999.

<sup>48</sup> Véase la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%20%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf> (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280-328

1.4.j), en los cuales, en todos los casos, se establecieron cláusulas de arbitraje como medio de resolución de controversias entre el Estado y los particulares.<sup>49</sup> Entre esos Decretos Ley se destacan los referentes a los hidrocarburos gaseosos, a la promoción y protección de las inversiones a través de concesiones, y la Ley de Inversiones.

En relación con la Ley de Hidrocarburos Gaseosos,<sup>50</sup> en la misma se dispuso conforme al Artículo 127 de la Constitución de 1961, que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aún cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudiesen resolver en forma amigable, *incluso por arbitraje*, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b). En esta forma, la reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> *Gaceta Oficial* N° 5382 Extra del 28 de septiembre de 1999.

<sup>50</sup> Decreto Ley N° 310 del 12 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficial* N.º 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

<sup>51</sup> En igual sentido véase, por ejemplo, J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 419 Expresó: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”.

En la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones,<sup>52</sup> el Presidente dispuso en el decreto ley que la decretó, que en los contratos de concesiones públicas, las partes: “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro-arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos ha sido reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos.<sup>53</sup>

La tercera ley en la cual se estableció la cláusula arbitral sancionada por el Presidente de la República mediante la utilización de los poderes legislativos delegados, fue precisamente el Decreto Ley N° 356 del 13 de octubre de 1999, sobre la Ley de promoción y protección de Inversiones, la cual contiene previsiones expresas sobre arbitraje en varias disposiciones: primero, en el Artículo 21 (arbitraje estado-estado); segundo, en el Artículo 22 (arbitraje internacional o juicio ante tribunales nacionales con un inversionista internacional); y tercero, el Artículo 23 (juicio ante tribunales nacionales o arbitraje con un inversionista nacional o internacional). En los dos últimos casos, el consentimiento del Estado para someter las controversias a arbitraje está expreso en la Ley, y la decisión de recurrir al arbitraje o a los tribunales nacionales está a cargo del inversionista (como su derecho).

---

<sup>52</sup> Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* N° 5394 Extra. del 25 de octubre de 1999. Véase Diego Moya-Ocampos Pancera y Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. Véase *en general* respecto a esta Ley, Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, un resumen en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, pp. 12, 28, 29, 155.

La disposición del Gobierno en 1999 respecto a la resolución de controversias en materia de inversiones fue, sin duda, favorable al arbitraje, como resulta de la legislación antes mencionada. Contrario, lo que se confirma por la discusión simultánea de la nueva Constitución (de 1999) sobre la cuestión de la obligación del Estado de promover el arbitraje (art. 258).

2. *La tendencia pro-arbitraje de la Constitución de 1999 y la extraña propuesta presentada ante la Asamblea Constituyente por el Presidente Chávez en 1999*

La Constitución de 1999, en efecto, incorporó el arbitraje como un recurso alternativo para la solución de controversias, que es un componente del sistema judicial (Artículo 253), exigiendo al Estado promoverlo en el artículo 258, al disponer que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos;”<sup>54</sup> garantizando el arbitraje, además, como un derecho fundamental.<sup>55</sup> Es decir, es el mismo texto de la Constitución el que impone a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, lo que confirma que ya en 1999 no existía en el país una “cultura de

---

<sup>54</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución” para leer sobre el reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de pronunciamiento judicial en la Constitución de 1999, y la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, p. 27; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García).

<sup>55</sup> Para leer sobre el arbitraje como derecho fundamental, véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, pp. 25, 27-28, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos. En este mismo sentido, véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.



hostilidad” preponderante hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje.<sup>56</sup>

Siguiendo la misma orientación pro arbitraje, aún cuando quizás en exceso permisiva respecto del arbitraje internacional en contratos públicos, el Presidente de la República H. Chávez presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1999, el texto de un artículo para reemplazar al Artículo 127 de la anterior Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), en la cual sólo establecía el principio de la inmunidad de jurisdicción absoluta para los contratos suscritos por la República (que son realmente escasísimos), dejando sin ninguna restricción la renuncia de jurisdicción en todos los otros contratos suscritos por otros entes públicos (los Estados, los Municipios, los institutos autónomos o las empresas del Estado, por ejemplo, que son la mayoría); propuesta en la cual, además, el Presidente propuso abandonar la cláusula Calvo. Esa fue precisamente la razón por la que como miembro de la Asamblea me opuse fuertemente a dicha propuesta, y más bien propuse incluir en la nueva Constitución el mismo texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961.

Afortunadamente, mi propuesta se impuso en el actual Artículo 151 de la Constitución de 1999, y se rechazó la propuesta del Presidente de reducir a sólo y únicamente respecto de la República (no de los estados, las municipalidades, las corporaciones o las empresas públicas), la previsión de que no se someterían “jamás a jurisdicciones extranjeras en un contrato de interés público.” Como se dijo, sin embargo, con respecto a los contratos públicos celebrados por otros entes estatales (que comprenden la gran mayoría de los contratos públicos) y con respecto a los tratados o acuerdos internacionales y a las leyes nacionales que establecen el arbitraje internacional, el Presidente propuso eliminar todos los límites al arbitraje, permitiéndolo incluso sin considerar la “naturaleza” del contrato o la cuestión que el mismo comprendiera.

---

<sup>56</sup> El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. Véase por ejemplo el Tratado bilateral de inversión Venezuela-Francia en el *Gaceta Oficial* N° 37896 del 11 de marzo de 2004.

Partiendo de esta orientación, que no compartíamos, sin embargo, lo que resultaba clara era que ello era congruente con la intención del gobierno de incluir una oferta abierta e ilimitada para arbitrar todas sus disputas en un foro como el del CIADI en la Ley de Inversiones dictada por el propio Presidente de la República en esos mismos días.

Por su interés histórico en esta materia, deben destacarse las consecuencias que podría haber provocado la propuesta del Presidente Chávez,<sup>57</sup> de haber sido aprobada si se la compara con el texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961 (que se conservó en el Artículo 151 de la Constitución de 1999). En efecto, el Artículo 127 de la Constitución de 1961 disponía

Artículo 127. “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamos extranjeros.”

Artículo propuesto por el Presidente Chávez: “En los contratos celebrados por la República que sean considerados de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes”.

Esta propuesta presentada por el Presidente Chávez, sin duda, era extremadamente extraña e inapropiada respecto al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado, pues planteaba que en los contratos celebrados por todos los entes públicos o personas jurídicas (a diferencia de la República), tales como los estados, las municipalidades, las instituciones autónomas y otras personas jurídicas del derecho público, así como cualquier otra empresa pública, no debía existir límite alguno en materia de renuncia a la inmunidad de jurisdicción. El

---

<sup>57</sup> Véase Hugo Chávez Frías, Ideas Fundamentales para la Constitución bolivariana de Venezuela, 5 de agosto de 1999.

Presidente Chávez, por tanto, en realidad proponía que la norma constitucional fuese más liberal que la norma de la Constitución de 1961, al reducir la inmunidad de jurisdicción absoluta sólo respecto de los contratos celebrados por la “República” y no por entidades públicas descentralizadas.

Pero, además de la Constitución la llamada “cláusula Calvo,” de tradición más que centenaria, al eliminar la prohibición de que los contratos de interés público pudieran originar reclamos diplomáticos extranjeros contra la República. De estas propuestas, sin duda extrañas, sin embargo, lo que no se puede es concluir, que el gobierno estuviera opuesto en general al arbitraje internacional. Por el contrario, con esta propuesta, como lo sostuve en el debate de la Asamblea General Constituyente en septiembre de 1999,<sup>58</sup> lo que se intentaba era eliminar de la Constitución las restricciones en materia de inmunidad relativa de jurisdicción.

3. *La ratificación de la tendencia pro-arbitraje en la legislación sancionada por el gobierno en 1999*

En todo caso, la tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los Decretos Ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 en cuestiones relacionadas con la inversión en general, y en particular, con las inversiones en concesiones administrativas y licencias para obras y servicios públicos, y con el campo de los hidrocarburos gasíferos y minas, fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de Leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos.

---

<sup>58</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209 233.

Por ejemplo, el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado.<sup>59</sup>

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector público muy importante y nacionalizado como es el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>60</sup> en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por las entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000,<sup>61</sup> por la cual se ratificó lo dispuesto por el Artículo 151 de la Constitución de 1999. Esta Ley estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual “las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, *incluido el arbitraje*,” debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitas en de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Artículos 312-326. Código Orgánico Tributario, *Gaceta Oficial* N° 37305 del 17 de octubre de 2001.

<sup>60</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 37323 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>61</sup> *Ley Orgánica Habilitante* de noviembre de 2000, *Gaceta Oficial* N° 37076 del 13 de noviembre de 2000.

<sup>62</sup> Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por medio del Decreto Ley N° 1531 del 7 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001 y la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2001. Véase la *Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento*, *Gaceta Oficial* N° 5568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

Todos estos Decretos Ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirman como lo dijo Balzán, que, en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración pública.”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 299.



## SEXTA PARTE

# PROGRESIÓN Y REGRESIÓN EN LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN VENEZUELA (2016)

**Texto preparado y enviado para una *Obra homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, Lima Perú 2016.**

En la Constitución venezolana de 1893, y luego de varias reclamaciones diplomáticas de Estados europeos contra la República en materia de cobro de deuda pública, se incorporó una norma con tres cláusulas específicas en las cuales se estableció, primero, la prohibición de transferir contratos de interés público a Estados extranjeros; segundo, la cláusula de inmunidad absoluta por jurisdicción que estipulaba la obligación de incorporarla a todos los contratos públicos; y tercero, la llamada “cláusula Calvo,” que excluye todo reclamo diplomático contra el Estado en lo concerniente a dichos contratos públicos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> El origen de la cláusula, lo que explica su denominación “Calvo”, estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual su Carlos Calvo refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que

Una década después se produjo el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana con el fin de forzar el cobro de la deuda pública que mantenía el país con Alemania, Inglaterra e Italia, conflicto del cual incluso derivó en la aplicación en Venezuela de la conocida “doctrina Drago,” formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien ante dichas medidas de fuerza contra Venezuela, formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados.<sup>2</sup>

Todo ello, aunado a los laudos arbitrales emitidos a finales del siglo XIX en relación con la demarcación de las fronteras con Colombia y Brasil, sin duda, originaron en el país una cultura hostil respecto del arbitraje en materia de contrataciones públicas, que duró durante varias décadas.

Las cláusulas incorporadas en la Constitución de 1893, por ello, continuaron en el texto de las Constituciones posteriores, y solo fue en la Constitución de 1947 cuando solo la segunda de dichas cláusulas fue modificada, transformándose en una cláusula de inmunidad *relativa* por jurisdicción (art. 108), lo cual ha permanecido posteriormente en la Constitución de 1961 (art. 127) y posteriormente, en la Constitución vigente de 1999 (art. 151).<sup>3</sup>

Ese cambio fue el que permitió durante las últimas décadas del siglo pasado la introducción de cláusulas de arbitraje en los contratos

---

de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse.

<sup>2</sup> Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

<sup>3</sup> Véase sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.



públicos, convirtiéndose ello progresivamente en una práctica comúnmente aceptada y reconocida como válida.<sup>4</sup>

Esa tendencia se reforzó en 1995, al Venezuela ratificar la Convención del CIADI<sup>5</sup> y asimismo mediante la firma entre 1993 y 1998, de múltiples tratados bilaterales de inversión que estipularon el arbitraje internacional para la solución de controversias. A ello se agregó la sanción, en 1999 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (en lo adelante: Ley de Inversiones) dictada por Decreto Ley N° 356 de 13 de octubre de 1999,<sup>6</sup> en la cual se establecieron diversos mecanismos de arbitraje, incluyendo el consentimiento expreso del Estado al arbitraje del Centro CIADI, conforme al Artículo 25(1) de la Convención del CIADI. A tal efecto, mediante el artículo 22 de dicha Ley, consideramos que el Estado expresó su consentimiento para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas, sujeta a la aceptación igualmente por

---

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262–265. La posibilidad de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos públicos se estudió por primera vez en Venezuela en 1960, incluso antes de sancionar la Constitución de 1961. Véase Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22. Véase además Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

<sup>5</sup> *Gaceta Oficial* N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

<sup>6</sup> Ley de promoción y Protección de Inversiones, Decreto ley N° 356 de 13-10-1999, en *Gaceta Oficial* N° 5.300 Extra. de 22-10-1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjeras, dictada mediante Decreto ley No. 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* No. 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

escrito de estos,<sup>7</sup> pudiendo los mismos a su elección recurrir a los tribunales nacionales.

Todo ello evidenció, como lo expresó Alfredo Morles Hernández en 2005, al contrario de la hostilidad precedente frente al arbitraje, una actitud favorable hacia el mismo, como tendencia de “aceptación prácticamente universal.”<sup>8</sup> El arbitraje, incluso se había aceptado en general década antes, en los contratos públicos referidos a deuda pública (empréstitos públicos), respecto de los cuales la posibilidad de renuncia a la inmunidad jurisdiccional había sido respaldada en 1977 mediante opinión legal de la Procuraduría General de la República, que consideraba aceptable incorporar en dichos contratos de empréstito público externo cláusulas por las que se renunciaba a la inmunidad jurisdiccional del Estado, las cuales fueron ampliamente incorporada en los contratos públicos de esos tiempos.<sup>9</sup>

En el ámbito contractual de derecho privado, debe observarse que luego de que el arbitraje fuera establecido inicialmente como un derecho constitucional en la Constitución de 1830 (Art. 140),<sup>10</sup> y fuera regulado en el siglo XIX como medio alternativo de resolución de disputas de

---

<sup>7</sup> Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, Véase el “Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” con fecha 18 de marzo de 1965 (“[...] un estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito”).

<sup>8</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “Presentación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 12-13.

<sup>9</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717.

<sup>10</sup> Véase J. Eloy Anzola. “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en la *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, p. 62.

carácter vinculante en las disposiciones de procedimiento civil, a principios del siglo XX, luego de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916, el arbitraje pasó a ser establecido solo como método no vinculante de resolución de controversias; no siendo obligatorio (Artículos 502-522). Fue en 1986 cuando el Código de Procedimiento Civil fue modificado para permitir a las partes pudieran celebrar un acuerdo vinculante para someter las controversias a los tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608-629).<sup>11</sup> Además, a través de leyes especiales se permitió el arbitraje en áreas relacionadas con los derechos de autor, seguros, protección al consumidor, trabajo y reforma agraria.<sup>12</sup>

Posteriormente, Venezuela ratificó la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,<sup>13</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975,<sup>14</sup> y la

---

<sup>11</sup> Para conocer la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, Véase Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 408.

<sup>12</sup> Véanse las leyes enumeradas, incluidas la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), la Ley de Empresas de Seguro (1994), la Ley de Protección al Consumidor (1995) y la Ley Orgánica del Trabajo (1990) en Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, pp. 44-46; y en la Sentencia N° 1541 de 2008.

<sup>13</sup> *Gaceta Oficial* N° 33144 del 15 de enero de 1985.

<sup>14</sup> *Gaceta Oficial* N° 33170 del 22 de febrero de 1985.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).<sup>15</sup> En 1998, Venezuela adoptó la Ley de Arbitraje Comercial,<sup>16</sup> que se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.<sup>17</sup>

Por otra parte, específicamente en materia de inversiones extranjeras, y de conformidad con el régimen existente en esos tiempos, el decreto N° 2095 del 13 de febrero de 1992, que contenía la normativa sobre el “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por Sentencias N° 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena” estipuló en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”<sup>18</sup> Por consiguiente, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias de inversión se convirtió en una práctica generalizada.

Posteriormente, y volviendo al ámbito del arbitraje en la contratación pública, se destaca el Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994 de la Ley orgánica sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales,<sup>19</sup> en la cual se incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes

---

<sup>15</sup> *Gaceta Oficial* (Extra) N° 4832 del 29 de diciembre de 1994.

<sup>16</sup> *Gaceta Oficial* N° 36430 del 7 de abril de 1998.

<sup>17</sup> Véase en general, Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” *loc. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>18</sup> *Gaceta Oficial* N° 34930 del 25 de marzo de 1992.

<sup>19</sup> *Gaceta Oficial* N° 4719 Extra. del 26 de abril de 1994.

determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable” (artículo 10).<sup>20</sup>

Además, debe mencionarse el importante Acuerdo del Congreso Nacional de 4 de julio de 1995 mediante el cual se estableció el marco de Condiciones para los “Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas,”<sup>21</sup> en el cual se estableció expresamente una cláusula arbitral para la solución de controversias en los referidos contratos públicos que se suscribieron en el marco de lo que se llamó la “apertura petrolera” en el manejo de la industria petrolera nacionalizada, permitiéndose la participación del sector privado en la explotación de la misma.

Dicha previsión sobre cláusula arbitral fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema mediante una acción popular interpuesta, entre otros, por diputados al Congreso; habiendo sido decidido el asunto por la Corte Suprema en 1999, declarando sin lugar la demanda, ratificando la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, sosteniendo que la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos públicos de asociación para la explotación petrolera eran válidos en los términos del Artículo 127 de la Constitución de 1961, vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999).<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> En Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 178. Este autor declaró en 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible”, *Íd.* p. 177.

<sup>21</sup> *Gaceta Oficial* N° 35754 del 17 de julio de 1995.

<sup>22</sup> Véase la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%20%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf> (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280-328. La Sala Constitucional del Tribunal

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en todo caso, ha sido considerada como un precedente judicial clave en materia de arbitraje en contratos públicos y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción en el país.<sup>23</sup>

Posteriormente, a finales de los noventa en la Ley de Arbitraje Comercial se incorporó una norma, como artículo 4, con el siguiente texto:

“Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta

---

Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase la Sentencia N° 1541 del 2008 y la Sentencia N° 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). Véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229.

<sup>23</sup> V. Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. II, Caracas 2006, pp. 349-357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, pp. 438-439.

Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).”<sup>24</sup>

Se trató de una disposición fundamental, la cual, aun cuando exclusivamente referida al procedimiento administrativo de contratación al imponer que el acuerdo de arbitraje en la contratación pública cuando sea celebrado por entidades descentralizadas del sector público, sea suscrito de conformidad con sus reglamentos, y con la aprobación expresa del Ministro de tutela de la específica entidad descentralizada, se puede considerar como una declaración tácita de aceptación general del arbitraje en la contratación pública, lo que se corroboró en diversas otras leyes.

Es decir, dicha norma, aun establecida en una ley destinada a regular en general el arbitraje comercial, admitió en forma expresa la incorporación de las cláusulas de arbitraje en los contratos públicos, sujetos a la aprobación del órgano competente, lo que evidenció la ratificación y aceptación expresa por parte del Congreso de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en dichos contratos públicos, estableciendo a tal efecto, reglas de gestión elementales en la Administración pública, como las derivadas del ejercicio del control administrativo.

Esa posibilidad del arbitraje como recurso para la solución de controversias en contratos del Estado, por otra parte, fue reconocida en gran número de sentencias judiciales posteriores.<sup>25</sup> Por ejemplo, el 15 de junio del mismo año 1998, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia del caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de*

---

<sup>24</sup> Véanse sobre este Artículo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” *loc. cit.*, pp. 169-204.

<sup>25</sup> Véanse los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 333-335, 349, y en José G. Villafranca, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

*la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo las cuestiones de seguridad y defensa nacional.<sup>26</sup>

De lo anterior resulta que, en realidad, en las décadas anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud histórica que existió en el pasado de reticencia respecto de las cláusulas de arbitraje y respecto del tema de la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los contratos de derecho público, incluso antes de la sanción de la Constitución de 1961 y de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986. Esta tendencia se consolidó legislativamente, precisamente a partir de 1999, al inicio del gobierno del Presidente Hugo Chávez, al definirse una política económica destinada a atraer inversiones extranjeras, para lo cual el Presidente propuso al Congreso la sanción de una Ley orgánica de habilitación legislativa que lo autorizara a sancionar un conjunto de decretos leyes relacionadas con la administración, las finanzas, los impuestos y la economía públicas, con particular énfasis, en este último campo para promover, proteger e incentivar las inversiones extranjeras en el país.

Con base en el proyecto presentado por el mismo Ejecutivo Nacional, unas semanas después, en abril de 1999, el Congreso sancionó la Ley Orgánica habilitante de abril de ese año 1999,<sup>27</sup> autorizando al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además lo autorizó para “reformular el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i).

---

<sup>26</sup> Véase las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución”, *loc. cit.*, pp. 349-350.

<sup>27</sup> Véase la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público en el *Gaceta Oficial* N° 36.687 del 26 de abril de 1999.



Fue por tanto el Ejecutivo Nacional el que definió las políticas económicas del país, centrándose en la promoción y protección de las inversiones en general, y en cuestiones de obras y servicios públicos, hidrocarburos, gas y minas, propósito para el cual efectivamente recibió una amplísima y comprensiva autorización legislativa con el fin de sancionar leyes por medio de la legislación delegada. Y fue precisamente a través de esta autorización legislativa que el Poder Ejecutivo emitió el decreto ley que contentivo de la Ley de Inversiones de 1999, así como varios otros decretos ley, incluso antes de sancionarse la Constitución de 1999, emitidos sin embargo, un mes después de que fuera publicada la mencionada sentencia de agosto de 1999 de la antigua Corte Suprema de Justicia, por la cual se rechazó la impugnación del Acuerdo del Congreso sobre los Convenios de asociación petroleros, en los cuales, en todos los casos, se establecieron cláusulas de arbitraje como medio de resolución de controversias entre el Estado y los particulares en contratos públicos.<sup>28</sup> Entre esos decretos ley se destacan los referentes a los hidrocarburos gaseosos, a la promoción y protección de las inversiones a través de concesiones, y la Ley de Inversiones.

En relación con la Ley de hidrocarburos gaseosos,<sup>29</sup> en la misma se dispuso conforme al Artículo 127 de la Constitución de 1961, que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b).

---

<sup>28</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 5382 Extra del 28 de septiembre de 1999.

<sup>29</sup> Decreto Ley N° 310 del 12 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficial* N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

En esta forma, la reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos.<sup>30</sup>

En la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones,<sup>31</sup> el Presidente dispuso en el decreto ley que la decretó, que en los contratos de concesiones públicas, las partes: “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro-arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos ha sido reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> En igual sentido V., por ejemplo, J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 419 Expresó: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”.

<sup>31</sup> Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* N° 5394 Extra. del 25 de octubre de 1999. Véase Diego Moya-Ocampos Pancera y María del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. V. en general respecto a esta Ley, Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, un resumen en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, cit. pp. 12, 28, 29, 155.

La tercera ley en la cual se estableció la cláusula arbitral sancionada por el Presidente de la República mediante la utilización de los poderes legislativos delegados, fue precisamente el antes mencionado Decreto Ley N° 356 del 13 de octubre de 1999, sobre la Ley de promoción y protección de Inversiones, la cual contiene previsiones expresas sobre arbitraje en varias disposiciones: primero, en el Artículo 21 (arbitraje estado-estado); segundo, en el Artículo 22 (arbitraje internacional o juicio ante tribunales nacionales con un inversionista internacional); y tercero, el Artículo 23 (juicio ante tribunales nacionales o arbitraje con un inversionista nacional o internacional). En los dos últimos casos, el consentimiento del Estado para someter las controversias a arbitraje estaba expreso en la Ley, y la decisión de recurrir al arbitraje o a los tribunales nacionales estaba a cargo del inversionista (como su derecho).

La disposición del Gobierno en 1999 respecto a la resolución de controversias en materia de inversiones fue, sin duda, favorable al arbitraje, como resulta de la legislación antes mencionada, lo que se confirma por la discusión simultánea de la nueva Constitución de 1999 en la cual se estableció la obligación del Estado de promover el arbitraje para la solución de controversias (art. 258).

La Constitución de 1999, en efecto, incorporó el arbitraje como un recurso alternativo para la solución de controversias, como un componente más del sistema judicial (Artículo 253), exigiendo al Estado promoverlo en el artículo 258, al disponer que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios

alternativos de solución de conflictos;”<sup>33</sup> garantizando el arbitraje, además, como un derecho fundamental.<sup>34</sup>

Es decir, fue el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, lo que confirma que ya en 1999 no existía en el país una cultura de hostilidad preponderante hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje.<sup>35</sup>

Siguiendo la misma orientación pro arbitraje, aun cuando quizás en exceso permisiva respecto del arbitraje internacional en contratos públicos, el Presidente de la República H. Chávez presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1999, el texto de un

---

<sup>33</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 25, 27-28, donde se refiere al reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias en la Constitución de 1999, y a la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García).

<sup>34</sup> Véase sobre el arbitraje como derecho fundamental, Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos. En este mismo sentido, Véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.

<sup>35</sup> El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. Véase por ejemplo el Tratado bilateral de inversión Venezuela-Francia en el *Gaceta Oficial* N° 37896 del 11 de marzo de 2004.

artículo para reemplazar al Artículo 127 de la anterior Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), en la cual sólo establecía el principio de la inmunidad de jurisdicción absoluta para los contratos suscritos por la República (que son realmente escasísimos), dejando sin ninguna restricción la posibilidad de renuncia de jurisdicción en todos los otros contratos suscritos por otros entes públicos (los Estados, los Municipios, los institutos autónomos o las empresas del Estado, por ejemplo, que son la mayoría); propuesta en la cual, además, el Presidente propuso abandonar la cláusula Calvo. Esa fue precisamente la razón por la que como miembro de la Asamblea me opuse fuertemente a dicha propuesta, y más bien propuse incluir en la nueva Constitución el mismo texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961.

Afortunadamente, mi propuesta se impuso en el actual Artículo 151 de la Constitución de 1999, y se rechazó la propuesta del Presidente de reducir a sólo y únicamente respecto de la República (no de los estados, las municipalidades, las corporaciones o las empresas públicas), la previsión de que no se someterían “jamás a jurisdicciones extranjeras en un contrato de interés público.” Como se dijo, sin embargo, con respecto a los contratos públicos celebrados por otros entes estatales (que comprenden la gran mayoría de los contratos públicos) y con respecto a los tratados o acuerdos internacionales y a las leyes nacionales que establecen el arbitraje internacional, el Presidente propuso eliminar todos los límites al arbitraje, permitiéndolo incluso sin considerar la “naturaleza” del contrato o la cuestión que el mismo comprendiera. Partiendo de esta orientación, que no compartíamos, sin embargo, lo que resultaba claro era que ello era congruente con la intención del gobierno de incluir una oferta abierta e ilimitada para arbitrar todas sus disputas en un foro como el del CIADI en la Ley de Inversiones dictada por el propio Presidente de la República en esos mismos días.

Por su interés histórico en esta materia, deben destacarse las consecuencias que podría haber provocado la propuesta del Presidente Chávez,<sup>36</sup> de haber sido aprobada si se la compara con el texto del Artículo 127 de la Constitución de 1961 (que se conservó en el Artículo

---

<sup>36</sup> Véase Hugo Chávez Frías, Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de Venezuela, 5 de agosto de 1999.

151 de la Constitución de 1999). En efecto, el Artículo 127 de la Constitución de 1961 disponía

*Artículo 127.* “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamos extranjeros.”

*Artículo propuesto por el Presidente Chávez:* “En los contratos celebrados por la República que sean considerados de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes”.

Esta propuesta presentada por el Presidente Chávez, sin duda, era extremadamente extraña e inapropiada respecto al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado, pues planteaba que en los contratos celebrados por todos los entes públicos o personas jurídicas (excepto la República), tales como los estados, las municipalidades, las instituciones autónomas y otras personas jurídicas del derecho público, así como cualquier otra empresa pública, no debía existir límite alguno en materia de renuncia a la inmunidad de jurisdicción. El Presidente Chávez, por tanto, en realidad proponía que la norma constitucional fuese más liberal que la norma de la Constitución de 1961, al reducir la inmunidad de jurisdicción absoluta sólo respecto de los contratos celebrados por la “República” y no por entidades públicas descentralizadas.

Pero además, la propuesta del Presidente Chávez implicaba eliminar totalmente de la Constitución la llamada “cláusula Calvo,” de tradición más que centenaria, al eliminar la prohibición de que los contratos de interés público pudieran originar reclamos diplomáticos extranjeros contra la República. De estas propuestas, sin duda extrañas, sin embargo, lo que no se puede es concluir que el gobierno supuestamente estuviera opuesto en general al arbitraje internacional. Por el contrario,

con esta propuesta, como lo sostuve en el debate de la Asamblea General Constituyente en septiembre de 1999,<sup>37</sup> lo que se intentaba era eliminar de la Constitución las restricciones en materia de inmunidad relativa de jurisdicción.

En todo caso, la tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 en cuestiones relacionadas con la inversión en general, y en particular, con las inversiones en concesiones administrativas y licencias para obras y servicios públicos, y con el campo de los hidrocarburos gasíferos y minas, fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos. Por ejemplo, el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado.<sup>38</sup>

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector público muy importante y nacionalizado como es el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>39</sup> en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por las entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000,<sup>40</sup> por la cual se ratificó lo dispuesto por el Artículo 151 de la Constitución de 1999. Esta Ley estipuló que en los contratos

---

<sup>37</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>38</sup> Artículos 312-326. Código Orgánico Tributario, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

<sup>39</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>40</sup> Ley Orgánica Habilitante de noviembre de 2000, *Gaceta Oficial* N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual “las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje,” debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados.<sup>41</sup>

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirman, como lo dijo Balzán, que, en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración pública.”<sup>42</sup>

Contra esa tendencia, que había sido aupada por el propio Poder Ejecutivo mediante la emisión de todas las leyes antes mencionadas dictadas a través de decretos leyes, particularmente ante el cúmulo de casos que se presentaron contra Venezuela en el CIADI para ser resueltos mediante arbitraje con base en el consentimiento expreso dado por el Estado en el artículo 22 de la Ley de Inversiones, y luego de diversos intentos de anular judicialmente dicha norma, el Procurador General de la República intentó un recurso de interpretación del artículo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo para que la misma decidiera que dicho artículo 22 no decía lo que decía, es decir, que no contenía una expresión de consentimiento para el arbitraje internacional ante el CIADI.

---

<sup>41</sup> Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por medio del Decreto Ley N° 1531 del 7 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001 y la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2001. Véase la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, *Gaceta Oficial* N° 5568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

<sup>42</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 299.



Y así fue que la Sala Constitucional dictó la Sentencia N° 1.541 del 17 de octubre de 2008<sup>43</sup>, emitida en respuesta de un recurso de interpretación, que en realidad no fue del artículo 22 de la ley de Inversiones, sino del Artículo 258 de la Constitución, resultando la sentencia sin embargo, en la interpretación del primero,<sup>44</sup> habiendo por ello recibido numerosas críticas,<sup>45</sup> pues el artículo 258 de la Constitución, por su claridad, no requiere de interpretación alguna. Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, resulta obvio que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, “no ocultaron la verdadera intención del recurso” que era obtener “la interpretación de la norma legal en lugar de la

<sup>43</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>; y en Gaceta Oficial N° 39.055 Noviembre 10, 2008. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 53-121.

<sup>44</sup> Como lo precisó la presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: “dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la república y los inversionistas extranjeros.” Véase Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, p. 8.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 347-368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, pp. 180-193.

constitucional,”<sup>46</sup> en el sentido “que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no prevé dicho consentimiento. Es allí a lo que apunta la sentencia.”<sup>47</sup>

Por ello, en realidad, lo que la sentencia decidió al final fue que dicho artículo 22 de la Ley de Inversiones “no constituía una oferta general del Estado para someter las disputas a arbitraje internacional ante el CIADI,” con lo cual la Sala Constitucional terminó cambiando el sentido de las disposición, privándola de su contenido, y en definitiva en cierta forma “revocando” la expresión de consentimiento unilateral que el Estado había dado para someterse a un arbitraje internacional que contenía, pero sin que se reformara formalmente la Ley de Inversiones que fue lo que debió ocurrir.<sup>48</sup> La decisión, por tanto, en definitiva, dejó sin sentido la última parte del artículo 22 de la ley de Inversiones, la cual les permitía a los inversionistas optar por someterse a arbitraje o recurrir a un tribunal nacional.<sup>49</sup>

Como se dijo, la sentencia fue objeto de muchas críticas que coincidieron con que la intención de la República no fue obtener del Tribunal Supremo una interpretación del artículo 258 de la Constitución sino de un artículo de una ley como era el artículo 22 de la Ley de

---

<sup>46</sup> Véase J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” en *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, pp. 64, 64

<sup>47</sup> *Ídem*, pp. 73-74.

<sup>48</sup> Véanse los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” en Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Universidad Pontificia Javeriana, Instituto peruano de Arbitraje, Bogotá 2011, Vol. II, pp. 858-859

<sup>49</sup> Véanse en general los comentarios sobre esta Sentencia en Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” *loc. cit.*, pp. 347-368.

Inversiones.<sup>50</sup> Por ello, el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien disintió tanto de la decisión de la Sala Constitucional de admitir el recurso, como de la propia sentencia N° 1541 de 2008, destacó en su Voto Salvado que la Sala Constitucional había actuado *ultra-vires* al aceptar la interpretación de la disposición de ley (Artículo 22) (pp. 56-59), reiterando su criterio que se puede resumir en los siguientes puntos: Que el Artículo 258 no daba lugar a duda razonable alguna, ni requería de interpretación aclaratoria, ya que solo contenía un mandato dirigido al Legislador para promover el arbitraje; que el recurso de interpretación presentado tenía como objetivo obtener una “opinión legal” por parte de la Sala Constitucional por medio de un proceso de control de la constitucionalidad *a priori* que no existe en Venezuela; que la sentencia no interpretaba o aclaraba el Artículo 258 de la Constitución ya que ésta clara disposición no daba lugar a duda; que la Sala Constitucional se excedió en su competencia cuando aceptó decidir sobre la interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, siendo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la que tenía la competencia exclusiva para la interpretación de las disposiciones de las leyes; y que la Sala Constitucional contradujo su propia jurisprudencia y se excedió el uso de sus facultades al realizar la interpretación constitucional. El Magistrado Rondón, en su Voto salvado, además, notó de manera correcta que la Sala Constitucional al interpretar el Artículo 22 ejerció una “función legislativa” al establecer, por medio de un procedimiento de control de la constitucionalidad *a priori*, los pasos que la Legislatura debe seguir en el futuro a fin de expresar el consentimiento del Estado al arbitraje internacional mediante una ley (pp. 56-59).

En todo caso, al año siguiente de haber dictado su sentencia, y en “respuesta” a las críticas formuladas respecto de otra sentencia de la

---

<sup>50</sup> Véanse los comentarios críticos en Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, cit. pp. 180-193.

Sala<sup>51</sup>, la propia Sala Constitucional en una forma inusual, publicó un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”),<sup>52</sup> en la cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia N° 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo exigiese. Se trató, por tanto, de una especie de aclaratoria de “sentencia por medio de Boletín de Prensa,”<sup>53</sup> en la cual el Tribunal Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22 de la Ley de Inversiones al “declarar” que: ‘Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía’. Este *Boletín de Prensa*, por supuesto, no era una sentencia judicial en sí misma y no poseía fuerza de ley.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Véase la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García en relación con la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009: “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La Razón*, Caracas 14-06-2009, publicado el 20 de junio de 2009 por Luis Britto García en <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

<sup>52</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>

<sup>53</sup> Véase Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!” en <http://www.aporrea.org/actualidad/a80479.html>. Fecha de la publicación: 21 de junio de 2009. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa,’” en *Revista de Derecho Público*, N° 118, (abril-junio 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 319-330

<sup>54</sup> Véase, por ej., Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2° ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357.

Estas notas de prensa lo que demostraron fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional, había sido producto de la influencia política sobre el Poder Judicial ejercida por el Ejecutivo para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República,<sup>55</sup> ya que la Sala Político-Administrativa era la que tenía la competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas; y proceder así a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

Luego de esa sentencia, el CIADI dictó varias decisiones de importancia para el país, en particular en los casos: Caso CIADI N° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI);<sup>56</sup> Caso CIADI N° ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI);<sup>57</sup> y Caso CIADI N° ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de

---

<sup>55</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes,” en *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 187-196

<sup>56</sup> Véase el texto en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510\\_En&caseId=C256](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256). el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuña, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 167-225.

<sup>57</sup> Disponible en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831\\_En&caseId=C420](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831_En&caseId=C420) el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuña, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 239-282.

2011 (Caso *Brandes* CIADI),<sup>58</sup> en los cuales incluso los tribunales CIADI concluyeron que si bien el artículo 22 de la Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado expresó su consentimiento, sin embargo, como los tribunales concluyeron que era posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; al resolver los casos consideraron que no había suficiente evidencia sobre la intención del Estado de someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias que los tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

Sin embargo, con posterioridad a estas tres decisiones, y en virtud de la existencia de otros casos pendientes de ser resueltos ante el CIADI, incluso sin referencia al artículo 22 de la Ley de Inversiones, el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció la Convención y el Estado venezolano se retiró en forma irrevocable del CIADI, de manera que luego de recibir la notificación escrita, el Banco Mundial como depositario de la Convención notificó el hecho a todos los otros Estados contratantes. De acuerdo con el artículo 71 de la Convención, dicha denuncia comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI<sup>59</sup> se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del

---

<sup>58</sup> Véase en <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF> el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 347-382.

<sup>59</sup> Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noticierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994).<sup>60</sup> Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez fue uno muy importante, que se configuró por designación del Congreso luego de que éste, en junio de 1993, resolvió remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, con el apoyo de todos los partidos políticos, a los efectos de completar el período constitucional de éste. Dicho gobierno de transición tuvo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se realizaron en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos,<sup>61</sup> al igual que en material de promoción y protección de inversiones, como fue la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999<sup>62</sup> supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabra, las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenció la más completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la

---

<sup>60</sup> En dicho gobierno este autor participó como Ministro para la Descentralización.

<sup>61</sup> Véase el libro colectivo: *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>62</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extra. de 2-2-2009. Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; y en *Constitutional Law. Venezuela*, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012.

inmunidad relativa de jurisdicción del Estado,<sup>63</sup> siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos públicos, excepto cuando por la naturaleza de los mismos ello fuera improcedente. Esta restricción, por otra parte, solo se refiere a cláusulas de arbitraje contenidas en contratos públicos, no siendo destinada a regular el arbitraje resultante de una expresión de consentimiento del Estado expresado en una ley nacional.

Ya nos hemos referido al artículo 151 de la Constitución el cual establece: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” Esta disposición básicamente reprodujo el contenido del artículo 127 de la Constitución de 1961, la cual se conservó en la Constitución de 1999, como lo propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>64</sup> en particular, oponiéndonos a la extraña e inapropiada propuesta formulada, entre otras, por el Presidente H. Chávez a la Asamblea.<sup>65</sup> Entre esas propuestas estaba, primero la completa eliminación del texto de la Constitución de la “Cláusula Calvo;”<sup>66</sup> y segundo, la propuesta de volver al principio de la inmunidad

---

<sup>63</sup> Véase en general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ff.

<sup>64</sup> Véase sobre nuestra propuesta en relación con el artículo 151 en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>65</sup> Véase Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

<sup>66</sup> Véase sobre la adopción de la Cláusula Calvo en 1893, en Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol. I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.



absoluta de jurisdicción pero exclusivamente respecto de contratos públicos a ser suscritos por la “República,” eliminando toda restricción jurisdiccional en relación con contratos públicos suscritos por otros entes públicos que en definitiva son los más frecuentes e importantes, como por ejemplo los suscritos por las empresas del Estado, por ejemplo en el área minera y de hidrocarburos. Tales propuestas presidenciales, sin duda, eran excesivamente permisivas en relación con el arbitraje internacional en materias de derecho público.

El artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999) como se dijo, contiene dos cláusulas que han estado en todos los textos constitucionales desde 1893.<sup>67</sup> La primera se refiere al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado en relación con contratos públicos, la cual inicialmente se refirió a los contratos públicos suscritos por la República y los Estados federados, concebida además como una cláusula de una inmunidad absoluta. La misma fue reformada en 1901, extendiendo su alcance inicial para incluir no solo a los contratos nacionales y estatales, sino a los contratos municipales y cualquier otro suscrito por otros órganos del poder público. Posteriormente, en 1947 se cambió el alcance de la inmunidad jurisdiccional, transformado la inmunidad absoluta en inmunidad relativa de jurisdicción, siguiendo las grandes líneas del derecho constitucional comparado.<sup>68</sup>

La propuesta del Presidente Chávez en 1999 en relación con esta cláusula constitucional consistía en restablecer el principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción abandonado en 1947, pero limitándolo sólo a algunos contratos públicos “nacionales”, los suscritos por la república, eliminando toda clase de restricción en materia jurisdiccional en relación con los contratos celebrados por los estados, los municipios y otros entes públicos, como las empresas del Estado. Dicha propuesta, como se ha dicho, era excesiva e inconvenientemente

---

<sup>67</sup> Véanse los textos de las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, 2 vols.

<sup>68</sup> Véase Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, Académie Internationale de Droit International, Recueil des Cours 1980, The Hague 1981.

permisiva, particularmente por el hecho de que los contratos públicos comúnmente se suscriben por personas jurídicas estatales diferentes de la República, particularmente por los institutos autónomos y las empresas del Estado.<sup>69</sup>

En todo caso, y dejando aparte la fallida propuesta del Presidente de la República en 1999, la forma como la cláusula de inmunidad jurisdiccional se estableció en la Constitución de 1999, siguiendo la orientación incorporada en la Constitución desde 1947, como principio de inmunidad “relativa” de jurisdicción, no puede considerarse como algo extraordinario o inusual, particularmente porque sigue el mismo principio prevalente en el mundo contemporáneo. De acuerdo con esta cláusula, el Estado está autorizado en la Constitución para someter a arbitraje internacional materias relativas a contratos de interés público, excepto si su naturaleza lo impide, lo que se refiere a materias generalmente conocidas como perteneciente al *ius imperii*. Por ello, la previsión del artículo 151 constitucional es precisamente la que permite el arbitraje internacional en relación con el Estado venezolano de acuerdo con el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción que es el generalmente aceptado en el mundo contemporáneo. En consecuencia, nada en el sistema constitucional y legal venezolano autorizaba al gobierno para señalar que el mencionado artículo 151 de la Constitución supuestamente “invalidaba en su espíritu, y en sus palabras, las previsiones de la Convención CIADI,” lo que significó considerar que una expresión de consentimiento para arbitraje internacional como la que contenía el artículo 22 de la Ley de Inversiones sería inconcebible a la luz del artículo 151 de la Constitución. Al contrario, era en conformidad con la orientación establecida en dicho artículo que se autorizaba al Estado a dar su consentimiento al arbitraje internacional.

La segunda cláusula contenida en el artículo 151 de la Constitución, que fue incorporada en las Constituciones desde 1893, habiendo permanecido desde entonces inalterada en los textos constitucionales,

---

<sup>69</sup> Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

como se dijo, fue la antes mencionada “Cláusula Calvo,” conforme a la cual en Venezuela se excluyen, considerándose inadmisibles, las reclamaciones diplomáticas en relación con contratos públicos suscritos entre los diferentes órganos del Estado y entidades o personas extranjeras. El Presidente de la República en su extraña propuesta de reforma constitucional formulada ante la Asamblea Constituyente de 1999, pretendía eliminar completamente de la Constitución esta centenaria cláusula, y en consecuencia permitir la posibilidad de que en contratos de interés público, su ejecución pudiera dar origen a reclamaciones diplomáticas extranjeras contra la República.<sup>70</sup> De dicha propuesta, en todo caso, es imposible deducir aproximación restrictiva alguna del Presidente de la república hacia el arbitraje internacional. Al contrario, dichas propuestas eran totalmente inadmisibles, en interés del propio Estado.

Por último, debe mencionarse que el artículo 151 de la Constitución al establecer el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción y además, la cláusula Calvo, se refiere a los casos relativos a los contratos de interés público, esto es, básicamente aquellos suscritos por las tres divisiones territoriales del Estado (la República los Estados y los Municipios). La cláusula permite la posibilidad para el Estado de dar su consentimiento en dichos contratos para someter a arbitraje internacional, por ejemplo, disputas relativas a materias comerciales derivadas de tales contratos públicos. En cambio, en los casos de jurisdicción para arbitraje internacional del Centro CIADI, basada en el consentimiento dado por el Estado mediante una ley, como era el caso del artículo 22 de la Ley de Inversiones, los tribunales CIADI no tenían relación con contratos de interés público de los regulados en el artículo 151 de la Constitución. Dichos Tribunales, en ese caso, solo tenían relación con el consentimiento dado por el Estado unilateralmente en una ley nacional (Artículo 22 de la ley de Inversiones) para someter a arbitraje internacional materias relativas a inversiones, que son en general, de naturaleza industria, comercial o financiera.

---

<sup>70</sup> *Idem.*

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI,”<sup>71</sup> por supuesto ignoró la importancia de la Convención CIADI para atraer inversionistas internacionales, lo que se evidencia del hecho de que entre 1993 y 1998 se suscribieron muchos tratados bilaterales de inversión (BITs), específicamente estableciendo el mecanismo de arbitraje internacional, y particularmente la jurisdicción del Centro CIADI.<sup>72</sup> Dicha importancia también resulta del hecho de que el mismo gobierno que en 2012 rechazó el arbitraje internacional, fue el que en 1999 sancionó mediante decreto Ley N° 356 de 3 de octubre de 1999 la Ley de Inversiones, incorporando en su artículo 22 el reconocimiento formal de la jurisdicción del CIADI. En dicha Ley, el mismo gobierno de H. Chávez fue aún más allá, y expresó en el mismo artículo 22 de la Ley, el consentimiento escrito de la República de Venezuela como oferta pública abierta, de someter las controversias sobre inversiones al Centro de arbitraje CIADI, conforme al artículo 25.1 de la Convención CIADI. Esta es la realidad histórica, que no puede ser negada con la decisión adoptada de huir del CIADI en 2012.

El artículo 22 de la ley de Inversiones, en todo caso, no fue una previsión que se hubiera incluido en la Ley adoptada por el gobierno (Decreto Ley) sin saberse su significado e intención, o que hubiera sido incorporado en la ley subrepticamente “bajo la influencia de las

---

<sup>71</sup> Véase James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI”, en *El Universal*, Caracas February 7, 2012, y en <http://www.eluniversal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

<sup>72</sup> La lista de los Tratados bilaterales puede verse en <http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; ICSID Database of Bilateral Investment Treaties at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments On-line Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. Véase también en José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs)*, Caracas 2007; Tatiana B. de Maekel, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282–283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105.

corrientes globalizantes” como se afirmó sin fundamento.<sup>73</sup> Al contrario, se trató de una decisión consciente adoptada por el gobierno en un momento en el cual estaba buscando y promoviendo inversión internacional en el país, dando a los inversionistas garantías de seguridad jurídica, como la resolución de controversias por tribunales arbitrales. Con tal propósito, en el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, el Estado dio su consentimiento para someter disputas relativas a inversiones ante el centro CIADI, expresado en la forma de una oferta abierta de arbitraje, sujeta a la aceptación del inversionista demandante en una controversia, el cual, a su voluntad, sin embargo, conforme a la misma norma podía optar por acudir a los tribunales nacionales. En tal forma, no sólo la firma de la Convención CIADI en 1993, sino el mismo texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, reflejaron la tendencia pro-arbitraje que existía en Venezuela en dicho tiempo, y que se había desarrollado en las décadas anteriores, cristalizando no sólo en el artículo 258 de la Constitución obligando al Estado a promover el arbitraje, sino en la sanción en paralelo de la Ley de Inversiones de 1999. La misma tendencia se reflejó como se ha visto en muchas otras leyes sancionadas a partir el mismo año 1999.

En todo caso, la regresión en la aceptación del arbitraje en materia de contratos públicos que se evidenció en 2012 con la denuncia de la Convención CIADI, se completó dos años después, con la derogación de la propia Ley de Promoción y Protección de Inversiones 1999, al sancionarse la Ley de Inversiones Extranjeras de 2014,<sup>74</sup> en la cual se eliminó el mencionado artículo 22 de la anterior Ley.

New York, junio de 2016

---

<sup>73</sup> Véase Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, p. 132.

<sup>74</sup> Dictada por Decreto ley N° 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* N° 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.



## SÉPTIMA PARTE

### LA PROGRESIVA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO (2020)

**Texto preparado para la exposición en las *VII Jornadas de Arbitraje 2020*, organizadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 25 de noviembre de 2020, publicado en: en *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas*, No 161, Julio diciembre 2020, Homenaje al Dr. José Andrés Octavio, Caracas, pp. 1107-1032; y en *Revista Principia 5-2021*, Universidad Monteávila, 2021**

En el derecho público, la aceptación del arbitraje ha tenido sus vaivenes, habiéndose pasado, en olas sucesivas, del rechazo total de su aplicación a su aceptación general, habiéndose sorteado siempre en ese proceso la barrera general del principio de la legalidad, que impone que los titulares de los órganos del Estado solo pueden actuar cuando tienen asignada una competencia en forma expresa mediante ley.

Por ello, en sus inicios, la ausencia de normas legales que regularan el arbitraje fue siempre el principal escollo en la materia; y de allí, la importancia que tienen, por ejemplo, previsiones como las del Código Orgánico Tributario que regulan expresamente el arbitraje tributario, lo cual, sin duda, puede considerarse como un punto culminante en la progresiva de admisión del arbitraje en el derecho público.

Contrasta, así, el tratamiento del arbitraje como medio de solución de controversias en derecho público, con el que ha existido en el campo derecho privado, donde en cambio el arbitraje puede decirse que es tan viejo como el derecho de la propia República, al incluirse en el propio texto de la Constitución de 1830 entre los derechos de las personas, como el de “de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos” (art. 190);<sup>1</sup> previsión que en esos mismos términos se repitió posteriormente en las Constituciones de 1857 (art. 100) y 1858 (art. 150).

La norma fue eliminada de la Constitución federal de 1864, habiéndose incluido en la misma, en contraste, una regulación específica del arbitraje en el campo del derecho público, en relación con los tratados internacionales, disponiéndose que en los mismos siempre se debía incorporar una la cláusula conforme a la cual “todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse sin apelación a la guerra por arbitramento de potencia o potencias amigas” (art. 112). La norma luego se repitió en todas las Constituciones posteriores (1874, art. 112; 1881, art. 109; 1891, art. 109; 1893, art. 141; 1901, art. 133; 1904, art. 120; 1909, art. 138; 1914, art. 120); hasta la de 1922 (art. 120).

Estas previsiones constitucionales, por supuesto, trajeron sus consecuencias, de manera que todas las controversias internacionales que Venezuela tuvo con Colombia, Brasil y el Reino Unido relacionadas con temas fronterizos, se resolvieran mediante arbitraje internacional, en los cuales en general, los intereses del país no siempre fueron reconocidos. Esa experiencia en la segunda mitad del siglo XIX, sin duda, dejó una marcada herida nacional que ha sido difícil de curar, originando una reticencia generalizada de principio o una cultura hostil respecto del arbitraje, lo que se reflejó, específicamente en materia de contrataciones públicas.

Por ello, incluso, desde la sanción de la Constitución de 1893, el arbitraje fue expresamente excluido en materia de contratación pública, habiéndose previsto en la misma tres prohibiciones específicas en la materia, siendo la primera la que derivó del principio de la inmunidad

---

<sup>1</sup> Véase J. Eloy Anzola. “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en la *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, p. 62.



absoluta de jurisdicción, al considerarse incorporada tácitamente en dichos contratos una cláusula que impedía el arbitraje, es decir, que imponía que las controversias que se originasen sobre la inteligencia y ejecución de los mismos solo podían ser resueltas por los tribunales nacionales de acuerdo con la ley venezolana. Además, la Constitución previó que dichos contratos en ningún caso podrían ser transferidos a Estados extranjeros; y que en ningún caso, tales contratos podían ser motivo de reclamaciones internacionales (Cláusula Calvo) (art. 149).<sup>2</sup>

Esas cláusulas prohibitorias continuaron previéndose en el texto de todas las Constituciones posteriores, y solo fue en la Constitución de 1947 cuando la segunda de ellas fue modificada, al transformarse la inmunidad absoluta de jurisdicción en una inmunidad *relativa* (art. 108), abriéndose entonces la posibilidad de que de acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato público, se pudieran incorporar cláusulas para permitir la resolución de controversias a la decisión de tribunales arbitrales o de tribunales extranjeros, incluso aplicando la ley extranjera. La norma se conservó en la Constitución de 1961 (art. 127) y bajo mi propuesta contrariando la que había formulado el

---

<sup>2</sup> El origen de la cláusula, lo que explica su denominación “Calvo”, estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual su Carlos Calvo refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. A pesar de haberse incluido en la Constitución dicha Cláusula, sin embargo, incluso una década después, se produjo el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana con el fin de forzar el cobro de la deuda pública que mantenía el país con Alemania, Inglaterra e Italia, conflicto del cual incluso derivó la aplicación en Venezuela de la conocida “doctrina Drago,” que rechazaba el cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados. Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

presidente Hugo Chávez ante la Asamblea Constituyente, también se conservó en la Constitución de 1999 (art. 151).<sup>3</sup>

Con base en la previsión de la Constitución de 1947, el tema del arbitraje en la contratación administrativa solo se comenzó a discutir al inicio del período democrático cuando, ante ausencia de previsiones legales, la Procuraduría General de la República comenzó a aceptarlo en los contratos de interés público, pero solo respecto a las discrepancias relativas a cuestiones técnicas. En esos mismos años, en 1960, sin embargo, el profesor Antonio Moles Caubet, en un trabajo sobre el “Arbitramento en los Contratos Administrativos,”<sup>4</sup> argumentó a favor de la admisión en forma general de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público. El tema lo retomé yo mismo en 1964, discrepando de ese planteamiento, considerando que en los contratos públicos dichas cláusulas arbitrales no eran admisibles precisamente porque no existía en el ordenamiento jurídico, en ese momento, norma alguna que autorizara a los órganos del Estado a incluir este tipo de cláusula en los contratos administrativos.<sup>5</sup> Consideré entonces que el arbitraje, teniendo en su origen una cláusula contractual, para que el consentimiento del órgano o ente público se considere válido es necesario una previsión legal que le asigne la competencia.

El tema no se volvió a discutir sino hasta finales de la década de los setenta del siglo pasado, particularmente en materia de contratos de empréstito público externo, cuando la Procuraduría General de la República comenzó a considerar procedente la incorporación de cláusulas arbitrales en dichos contratos (1977), mediante las cuales el

---

<sup>3</sup> Véase sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. BrewerCarías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>4</sup> Véase Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22.

<sup>5</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones fundamentales del derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

Estado renunciaba a la inmunidad jurisdiccional; tema sobre el cual se pronunció el profesor Alfredo Morles Hernández en un importante estudio.<sup>6</sup>

Luego vino la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, con la cual se reguló ampliamente el arbitraje en normas que sin duda son también de aplicación a los órganos y entes de la Administración Pública (art. 608 ss.), a raíz de lo cual el escollo del principio de regulación expresa de la competencia quedaba superado, aceptándose la posibilidad del recurso al arbitramento en los contratos públicos.<sup>7</sup> El Código, en efecto, permitió expresamente la posibilidad para las partes –incluyendo los entes públicos– de celebrar *acuerdos vinculantes* para someter las controversias a tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608-629).<sup>8</sup> Posteriormente, Venezuela ratificó otras convenciones internacionales de importancia en el tema como fueron la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las

---

<sup>6</sup> Véase por ejemplo, Alfredo Morles. “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público”, en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo III. Caracas, 1979, pp. 1701 y ss.; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Caracas, 1984, tomo IV, Vol. 2, pp. 169 y ss)

<sup>7</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

<sup>8</sup> Sobre la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, Véase Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 408

Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,<sup>9</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975,<sup>10</sup> y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).<sup>11</sup>

La previsión del recurso al arbitramento se estableció además expresamente en diversas leyes especiales en las cuales se permitió para la solución de controversias, como fue el caso de la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), de la Ley de Empresas de Seguro (1994), de la Ley de Protección al Consumidor (1995) y de la Ley Orgánica del Trabajo (1990).<sup>12</sup>

Esa tendencia hacia la aceptación del arbitraje se reforzó a partir de 1993 con la celebración de múltiples tratados bilaterales de inversión que estipularon el arbitraje internacional para la solución de controversias, y con la ratificación por Venezuela del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).<sup>13</sup>

Para ese entonces incluso, ya estaba en aplicación específicamente en materia de inversiones extranjeras, además, el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por decisiones N° 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (decreto N° 2095 del 13 de febrero de 1992), donde ya se había estipulado en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del

---

<sup>9</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 33144 del 15 de enero de 1985.

<sup>10</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 33170 del 22 de febrero de 1985.

<sup>11</sup> Véase *Gaceta Oficial* (Extra) N° 4832 del 29 de diciembre de 1994.

<sup>12</sup> Véase Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, pp. 44-46; y en la Sentencia N° 1541 de 2008.

<sup>13</sup> *Gaceta Oficial* N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”<sup>14</sup>

Como consecuencia de todo ello, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias en materia de inversiones se convirtió en una práctica generalizada.

Fue en esos mismos años de inicios de los noventa, por otra parte, cuando se sancionó la primera regulación específica sobre el arbitraje en materia de contratación pública, en la Ley orgánica sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales (Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994),<sup>15</sup> incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable” (artículo 10).

Debe mencionarse igualmente el importante Acuerdo del Congreso Nacional de 4 de julio de 1995 dictado en el marco del artículo 5 de la Ley de Nacionalización Petrolera de 1975, que permitió la participación del sector privado en la industria petrolera, en el cual se establecieron las Condiciones para la celebración de las llamadas Asociaciones Estratégicas de la “apertura petrolera”(Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas),”<sup>16</sup> previéndose expresamente la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para la solución de controversias en los referidos contratos públicos, que luego daría origen a múltiples decisiones de tribunales arbitrales CIADI.

Es importante destacar que dicha previsión sobre cláusula arbitral fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido decidida la acción varios años después, en septiembre de 1999, declarándose sin lugar la demanda. Así, la Corte Suprema ratificó la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, aceptando la posibilidad de la incorporación de cláusulas de arbitraje en

---

<sup>14</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 34930 del 25 de marzo de 1992.

<sup>15</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 4719 Extra. del 26 de abril de 1994.

<sup>16</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 35754 del 17 de julio de 1995.

los contratos de interés público conforme al artículo 127 de la Constitución de 1961, que estaba aún vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999).<sup>17</sup> Esta sentencia fue, sin duda, el precedente más importante sobre el tema del arbitraje en la contratación pública, y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción prevista en la Constitución.<sup>18</sup>

En todo caso, incluso antes de haberse dictado dicha sentencia, puede decirse que el tema del arbitraje en la contratación pública ya había encontrado soporte expreso –aun cuando indirecto– en la Ley de

---

<sup>17</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 5382 Extra del 28 de septiembre de 1999. Véase la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%-202,%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf> (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280–328. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase la Sentencia N° 1541 del 2008 y la Sentencia N° 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). Véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229

<sup>18</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. II, Caracas 2006, pp. 349–357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, pp. 438-439.

Arbitraje Comercial de 1998<sup>19</sup> (la cual se basó en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL),<sup>20</sup> en la cual se incorporó una norma referida específicamente a los “acuerdos de arbitraje” en contratos públicos suscritos por los entes descentralizados de la Administración Pública.<sup>21</sup> El objetivo de la norma fue exigir, para la validez del acuerdo arbitral, “la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela.”<sup>22</sup> Se trató sin duda de una disposición fundamental, pues constituyó una declaración tácita de aceptación general del arbitraje en la contratación pública, es decir, de la admisión en forma expresa de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, lo que permitió a Luis Fraga Pittaluga a afirmar en

---

<sup>19</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 36430 del 7 de abril de 1998. Sobre la Ley véase además Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

<sup>20</sup> Véase en general, Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” *loc. cit.*, pp. 47 ss.

<sup>21</sup> Específicamente aquellos en los cuales “al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social.”

<sup>22</sup> Véanse sobre este Artículo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 169-204.

ese año de 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible.”<sup>23</sup>

Además, la misma Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 3º estableció otras dos disposiciones fundamentales en la materia de las materias arbitrables, de particular importancia para la contratación pública, que fueron, primero, el principio de que solo pueden “someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir;” y segundo, el principio de que no pueden someterse a arbitraje “las controversias que directamente conciernan a las atribuciones o funciones de *imperio* del Estado o de personas o entes de derecho público.”

En cuanto a la primera previsión, el tema se había regulado con anterioridad en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, en el cual se dispuso que no pueden someterse al arbitraje, las “*cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges.*” Ello, por supuesto no concierne al Estado ni a los entes públicos ni a los contratos de interés público; pero agregó el artículo 608 que tampoco puede haber arbitraje “*sobre los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción.*” Si bien “vincular las materias arbitrables a lo que sea susceptible de transacción,” se ha considerado como un anacronismo,

---

<sup>23</sup> Véase en Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 177. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” en Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Ordóñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huáman Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volúmen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830; Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2º ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357.



ello sin duda tiene importancia para el arbitraje en materia de derecho público, pues de nuevo toca el tema del principio de la legalidad y de la competencia.<sup>24</sup>

Es decir, si una controversia no es susceptible de transacción, no puede ser sometida a arbitraje; y hay que recordar que de acuerdo al Código Civil (art. 1713), la transacción es un contrato mediante el cual, en su parte central, hay recíprocas concesiones, por lo cual es necesario que las partes renuncien a determinadas pretensiones en forma recíproca para poder llegar al contrato. Por eso, para transigir –como lo dice el Código Civil en el artículo 1714 y la Ley de Arbitraje Comercial en el ya citado artículo 3º– se necesita tener capacidad para ello, es decir, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con lo cual, las cosas, derechos o pretensiones que no sean disponibles y sobre las cuales no haya capacidad de disponer, no pueden ser objeto de transacción ni de arbitraje, lo que por supuesto trae una serie de límites en el campo del derecho público.

Específicamente, en el campo del derecho público ello apunta al tema de la competencia que siendo materia de orden público no puede renunciarse ni relajarse; a lo que incluso se refiere expresamente el artículo 6 del Código Civil y la propia Ley de Arbitraje Comercial; lo que implica que, en materia de derecho público, la competencia de los entes públicos no puede ser objeto de transacción ni, por tanto, de arbitraje. Como lo dice el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,<sup>25</sup> la competencia es siempre de ejercicio obligatorio y, por tanto, irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, razón por la cual no puede ser nunca una materia de transacción ni de arbitraje.

---

<sup>24</sup> Respecto a esto, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, analicé precisamente el tema del recurso del arbitramento en los contratos de interés público vinculado al tema de la transacción, tema sobre la cual en materia tributaria me había ocupado décadas atrás. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias” en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, Caracas, mayo-junio 1967, pp. 1-36.

<sup>25</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.147 Extra. del 17 de noviembre de 2014.

Por ello, por ejemplo, en materia de arbitraje tributario, el mismo no puede entrañar la renuncia o la celebración de un acuerdo sobre el ejercicio de la potestad tributaria, por lo que no puede considerarse que quebrante el principio de la legalidad tributaria; lo que implica, por ejemplo, que no podría haber transacción o arbitraje sobre la competencia tributaria, de manera que un órgano público no podría en forma alguna convenir en no fiscalizar, no liquidar o no cobrar un impuesto mediante una transacción.

La otra previsión de particular interés para el arbitraje en la contratación pública establecida en la Ley de Arbitraje Comercial, y que deriva de la anterior, es la destinada a excluir expresamente del arbitraje las cuestiones relativas a la soberanía, es decir, lo que la Ley califica como cuestiones de “imperio” (Artículo 3º, letra b), lo que equivale a decir que las competencias de los entes públicos no pueden ser objeto de arbitraje.

En todo caso, la aceptación del arbitraje para la solución de controversias en contratos del Estado fue reconocida en gran número de sentencias judiciales,<sup>26</sup> siendo una de ellas, la dictada el 15 de junio de 1998 por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo sin embargo las cuestiones de seguridad y defensa nacional.<sup>27</sup>

De lo anterior resulta, por tanto, que en los lustros anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud de reticencia

---

<sup>26</sup> Véase los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 333-335, 349, y en José G. Villafranca, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

<sup>27</sup> Véase las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución”, *loc. cit.*, pp. 349-350.

respecto de las cláusulas de arbitraje en los contratos públicos y la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado; tendencia que se consolidó jurisprudencial y legislativamente, precisamente a partir de 1999, al inicio del gobierno del Presidente Hugo Chávez, con la sentencia antes mencionada de la Corte Suprema de Justicia en el caso de los contratos de la Apertura Petrolera, y con motivo de la aprobación de una serie de leyes en ejecución de una Ley habilitante de abril de ese año,<sup>28</sup> que autorizó al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además para “reformar el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i).

Con base en esta delegación Legislativa, en 1999 se dictó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto Ley N° 356 de 13 de octubre de 1999),<sup>29</sup> en la cual se establecieron diversos mecanismos de arbitraje, incluyendo el consentimiento expreso del Estado al arbitraje del Centro CIADI conforme al Artículo 25.1 de la Convención del CIADI. Al analizar por primera vez dicha Ley en 2005, consideré que con la norma del artículo 22 de dicha Ley, el Estado en realidad había expresado su consentimiento para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas mediante Ley,

---

<sup>28</sup> Véase la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público en el *Gaceta Oficial* N° 36.687 del 26 de abril de 1999.

<sup>29</sup> Ley de promoción y Protección de Inversiones (Decreto ley N° 356 de 13-10-1999), en *Gaceta Oficial* N° 5.300 Extra. de 22-10-1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjeras, dictada mediante Decreto ley N° 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* N° 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

sujeta a la aceptación igualmente por escrito de estos,<sup>30</sup> pudiendo los mismos a su elección recurrir a los tribunales nacionales.<sup>31</sup> Este criterio, que elaboré posteriormente, incluso en Opiniones dadas como testigo legal Experto en juicios arbitrales,<sup>32</sup> sin embargo, cuando fue considerado por algunos tribunales arbitrales del CIADI, no fue acogido,<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, véase el “Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” con fecha 18 de marzo de 1965, en el cual se indica que “[...] un Estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito.”

<sup>31</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288

<sup>32</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes,” en Jaime Rodríguez Arana y José Ignacio Hernández (Coordinadores), *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2016, pp. 129-195.

<sup>33</sup> Ese fue el sentido de las decisiones en este punto, entre otros, en los casos CIADI N° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI) (Texto disponible en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=show\\_Doc&docId=-DC1510\\_En&caseId=C256](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=show_Doc&docId=-DC1510_En&caseId=C256)); Caso CIADI No. ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI) (Texto disponible en [http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=-DC1831\\_En&caseId=C420](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=-DC1831_En&caseId=C420)); y Caso CIADI N° ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República*

argumentándose en diversos casos que si bien el artículo 22 de la Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado había expresado su consentimiento, sin embargo, como era posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; consideraron que no había suficiente evidencia sobre que hubiera sido intención del Estado el someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias, que los tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

En 1999, además de dicha Ley de Promoción y Protección Inversiones, también se dictaron otras leyes estableciéndose expresamente el arbitraje en materia de contratación pública, como fue el caso de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos,<sup>34</sup> que dispuso que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b).

---

*Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de 2011 (Caso *Brandes CIADI*) (Texto disponible en <http://italaw.com/documents/Brandes Award.PDF>). El texto de todas esas decisiones está publicado en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 167-225, 239-282, y 347-382, respectivamente.

<sup>34</sup> Véase Decreto Ley N° 310 del 12 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficial* N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

En esta forma, la Ley reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos.<sup>35</sup>

Igualmente, en la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones,<sup>36</sup> se dispuso que, en los contratos de concesiones públicas, las partes “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro-arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos, fue reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Véase en igual sentido, por ejemplo, J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 419 Expresó: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”.

<sup>36</sup> Véase Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* N° 5394 Extra. del 25 de octubre de 1999. Véase Diego Moya-Ocampos Pancera y María del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. Véase en general respecto a esta Ley, Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

<sup>37</sup> Véase por ejemplo, un resumen en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, cit. pp. 12, 28, 29, 155.

Esas leyes pro arbitraje se dictaron mientras la Asamblea Nacional Constituyente discutía el texto de la nueva Constitución de 1999 en la cual se estableció la obligación general del Estado de promover el arbitraje para la solución de controversias (art. 258), incorporándose así el arbitraje en la Constitución como un componente más del sistema judicial (Artículo 253); agregándose además, la previsión de que mediante ley debía promoverse “el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos;”<sup>38</sup> todo lo cual podía considerarse como la consagración del arbitraje, como un derecho fundamental,<sup>39</sup> en la misma línea cómo se había regulado en la Constitución de 1830.

Es decir, fue el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, todo lo cual confirmó que ya en 1999 había cesado la cultura de hostilidad hacia el arbitraje.

---

<sup>38</sup> Véase Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 25, 27, 28, donde se refiere al reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias en la Constitución de 1999, y a la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales.; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García).

<sup>39</sup> Véase sobre el arbitraje como derecho fundamental, Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos. En este mismo sentido, Véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.

Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje.<sup>40</sup>

La tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos; entre las cuales se destacó el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, en el cual se incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado.<sup>41</sup>

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector muy importante y nacionalizado como era el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>42</sup> en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por la entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000,<sup>43</sup> estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual “las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje,” debían ser resueltas por los tribunales

---

<sup>40</sup> El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. Véase por ejemplo el Tratado bilateral de inversión Venezuela-Francia en el *Gaceta Oficial* N° 37896 del 11 de marzo de 2004

<sup>41</sup> Véase Artículos 312-326. Código Orgánico Tributario, *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

<sup>42</sup> Véase Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>43</sup> Véase Ley Orgánica Habilitante de noviembre de 2000, *Gaceta Oficial* N° 37076 del 13 de noviembre de 2000.



(Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados.<sup>44</sup>

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirmaron entonces, como lo dijo Juan Carlos Balzán, que, en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración pública.”<sup>45</sup> Por ello igualmente, el profesor Alfredo Morles en 2005 constataba que podía hablarse de una superación de la tradicional hostilidad respecto del arbitraje, expresando que más bien lo que en ese momento había era una actitud favorable hacia el mismo, que ya era objeto de “aceptación prácticamente universal.”<sup>46</sup>

Ello fue además confirmado por la Sala Constitucional en la conocida y ambivalente sentencia N° 1.541 de 17 de octubre de 2008,<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por medio del Decreto Ley N° 1531 del 7 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001 y la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2001. Véase la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, *Gaceta Oficial* N° 5568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

<sup>45</sup> Véase Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 299.

<sup>46</sup> Véase Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717; Alfredo Morles Hernández, “Presentación,” en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 12-13.

<sup>47</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>; y en *Gaceta Oficial* N° 39.055 Noviembre 10, 2008. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales*

emitida en respuesta de un recurso de interpretación intentado por el Procurador General de la República, supuestamente del Artículo 258 de la Constitución, el cual, en realidad, por su claridad, no requería de interpretación alguna. El recurso, en realidad, lo que buscaba era que la Sala Constitucional interpretara el artículo 22 de la Ley de Inversiones.<sup>48</sup> Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, ello derivaba del hecho de que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, “no ocultaron la verdadera intención del recurso” que era obtener “la interpretación de la norma

---

*relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 53-121. Véase sobre la sentencia los comentarios de Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 347-368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 921-9; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, pp. 180-193; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *cit.* pp. 180-193.

<sup>48</sup> Como lo precisó la entonces presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: “dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la república y los inversionistas extranjeros.” Véase Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, p. 8.

legal en lugar de la constitucional,”<sup>49</sup> buscando que se declarara “que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no preveía dicho consentimiento, “ que era “a lo que apunta la sentencia.”<sup>50</sup> El resultado fue que la Sala efectivamente dijo lo que el Poder Ejecutivo le pidió,<sup>51</sup> teniendo en cuenta para ello, por supuesto, el cúmulo de casos que se habían decidido contra Venezuela en el CIADI para ser resueltos mediante arbitraje con base en el consentimiento expreso dado por el Estado en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. A pesar de la desviación de la sentencia, sin embargo, debe reconocerse que la misma, en una especie de “compensación,” en su parte motiva definitivamente reforzó la aceptación general del arbitraje como medio alternativo de administración de justicia en el país.

En todo caso, las críticas a la sentencia por la abusiva interpretación dada sobre el artículo 22 de la Ley de Inversiones no cesaron, habiendo la propia sala Constitucional, de oficio, emitido una “respuesta” a esas críticas,<sup>52</sup> publicando en una forma inusual un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”),<sup>53</sup> en el cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia N° 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo

<sup>49</sup> Véase J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” en *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, pp. 64, 64.

<sup>50</sup> *Ídem*, pp. 73-74.

<sup>51</sup> Véanse los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” en Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Universidad Pontificia Javeriana, Instituto peruano de Arbitraje, Bogotá 2011, Vol. II, pp. 858-859.

<sup>52</sup> Véase la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García en relación con la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009: “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La Razón*, Caracas 14-06-2009, publicado el 20 de junio de 2009 por Luis Britto García en <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>.

<sup>53</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/-notasdeprensa.asp?codigo=6941>.

exigiese. Se trató, por tanto, de una especie de aclaratoria de oficio de “sentencia por medio de Boletín de Prensa,”<sup>54</sup> en la cual el Tribunal Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22 de la Ley de Inversiones al “declarar” que:

“Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía”.

Esta nota de prensa lo que confirmó fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional había sido producto de la influencia política ejercida por el Ejecutivo sobre el Poder Judicial para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional por lo demás, actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República,<sup>55</sup> ya que la Sala Político–Administrativa era la que tenía la competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas. Sin embargo, como se dijo, la Sala procedió a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

---

<sup>54</sup> Véase Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!,” en <http://www.apo-rrea.org/actualidad/a80479.html>. Fecha de la publicación: 21 de junio de 2009. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa’ en *Revista de Derecho Público*, N° 118, (abril-junio 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 319-330.

<sup>55</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes,” en *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 187-196.

En todo caso, el propósito inmediato de tratar de evadir la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales fue tan claro, que después de las varias decisiones dictadas contra Venezuela, y en virtud de la existencia de otros casos pendientes de ser resueltos ante el CIADI y entre otros tribunales arbitrales internacionales (como los de la Cámara de Comercio Internacional), el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció la Convención CIADI, retirándose el Estado de la misma en forma irrevocable. Dicho retiró, de acuerdo con el artículo 71 de la Convención, comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI<sup>56</sup> se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994).<sup>57</sup>

Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez –del cual me honro en haber formado parte– fue uno muy importante que se configuró por designación del Congreso, con el apoyo de todos los partidos políticos, luego de que en junio de 1993 resolviera remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, a los efectos de completar su período constitucional. Dicho gobierno de transición tuvo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se llevaron a cabo en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en

---

<sup>56</sup> Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noti-cierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

<sup>57</sup> En dicho gobierno, el autor de este Prólogo participó como Ministro para la Descentralización.

muchos campos,<sup>58</sup> al igual que en material de promoción y protección de inversiones, como fue la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999<sup>59</sup> supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabras las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenció la más completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado,<sup>60</sup> siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos de interés público, excepto cuando por la naturaleza del objeto de los mismos ello fuere improcedente.

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI”<sup>61</sup> ignorando la importancia de la Convención para atraer inversionistas internacionales, se completó dos años después con la derogación de la propia Ley de Promoción y Protección de Inversiones 1999, al sancionarse la Ley de Inversiones Extranjeras de 2014,<sup>62</sup> en la cual se eliminó el antes mencionado artículo 22.

---

<sup>58</sup> Véase el libro colectivo: *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>59</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extra. de 2-2-2009. Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; y en *Constitutional Law. Venezuela*, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012

<sup>60</sup> Véase en general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ss.

<sup>61</sup> Véase James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” en *El Universal*, Caracas February 7, 2012, y en <http://www.eluniver-sal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

<sup>62</sup> Dictada por Decreto ley N° 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* N° 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

A partir de esos eventos puede decirse que al país volvió la tendencia a estigmatizar el arbitraje en el derecho público, pasándose a prohibirlo tácitamente en la práctica o a encubrirlo en muchos contratos públicos, hasta que sorpresivamente reapareció de nuevo como política general en 2020 promovida por el Estado en una llamada “Ley Constitucional” (figura por demás inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual el único órgano con competencia para sancionar leyes es la Asamblea Nacional),<sup>63</sup> denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*,<sup>64</sup> dictada por la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.

Mediante este instrumento, con el objeto de obtener “recursos adicionales” (art. 18), el gobierno supuestamente definió la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, el cual conforme a las previsiones de la llamada Ley podría ser “desaplicado” sin límites por el Ejecutivo Nacional.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N° 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

<sup>64</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.583 Extra. de 12 de octubre de 2020. Véanse comentarios críticos sobre la Ley en Alejandro González Valenzuela, “Ley Antibloqueo: Hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho,” *Bloque Constitucional*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/>; José Guerra, en “Ley Antibloqueo es un golpe de Estado,” reseña de Enrique Meléndez, en *La Razón*, octubre 2020, disponible en: <https://www.larazon.net/2020/10/jose-guerra-ley-antibloqueo-es-un-golpe-de-estado/>; y en *Acceso a la Justicia ONG*, “Ley Antibloqueo de la írrita Constituyente en seis preguntas, en *Acceso a la Justicia*, 16 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/ley-antibloqueo-de-la-irrita-constituyente-en-seis-preguntas/>

<sup>65</sup> Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, “El último golpe al Estado de derecho: una “ley constitucional” “antibloqueo” para rematar y repartir los

Entre las políticas que se definen en la Ley está la de *protección de la inversión extranjera*, disponiéndose en su artículo 34 que en los contratos públicos que celebre el Estado Para ello se pueden suscribir “cláusulas” de “resolución de controversias,” entre las cuales está, sin duda, la figura del arbitraje, y particularmente, del arbitraje internacional, incluso sin necesidad de que se tengan que agotar los recursos internos para poder acudir al arbitraje, como se había propuesto en el “Proyecto” de Ley que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>66</sup>

De todo lo antes expuesto, podemos concluir afirmando que aun en medio del vaivén que históricamente se puede apreciar en relación con el arbitraje en el derecho público, lo cierto es que, sin duda, el mismo ha probado ser un efectivo mecanismo alternativo de resolución de conflictos que tiene que seguir abriéndose camino, incluso en sectores que otrora estaban vedados, como es el caso no solo de la contratación pública sino por ejemplo de los conflictos relacionados con la aplicación de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones), tanto a nivel interno como internacional, aun cuando esto último aún no se haya consolidado.<sup>67</sup>

New York, 25 de noviembre de 2020.

---

despojos de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la “inaplicación” discrecional de leyes por parte del Ejecutivo Nacional,” New York, 14 de octubre de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DERECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020..pdf>

<sup>66</sup> Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, “Proyecto de ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” New York, 4 de octubre 2020. Disponile en: <https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/>

<sup>67</sup> Como lo expresó Luis Fraga Pittaluga, “desde hace mucho tiempo existe una decidida tendencia hacia la aceptación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario,” siendo también cierto “que incluso, con las disposiciones del Código Orgánico Tributario, el mismo no ha logrado consolidarse como debía haber ocurrido. Véase Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje Tributario interne e internacional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020.



## OCTAVA PARTE

### INTERNATIONAL ARBITRATION FOR THE PROTECTION OF INVESTMENTS

**Texto publicado en la Séptima Parte del libro: Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, Third edition, Editorial Jurídica Venezolana, New York, 2021, pp. 510-626.**

The regulations on Foreign Investments in Venezuela has a long tradition in the country, beginning with the statutes and regulations adopted after the incorporation of Venezuela in the Cartagena Agreement (later becoming the Andean Community of Nations from which Venezuela separated in 2006), following with the sanctioning of the 1999 Investments Promotion and Protection Law,<sup>1</sup> and ending with the sanctioning, in 2014, of the Law on Foreign Investments,<sup>2</sup> which abrogated the former

---

<sup>1</sup> See Decree Law N° 356 of October 3, 1999 which was published in *Official Gazette* Extra. N° 5.390 of December 22, 1999.

<sup>2</sup> *Official Gazette* N° 6.152 Extra. of November 18, 2014.

## I. THE 1999 LEGAL REGIME ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS ABROGATED SINCE 2014

In 1999, an Investments Promotion and Protection Law<sup>3</sup> was enacted for the specific purpose to provide foreign, and also national investments and investors, with a stable and predictable legal framework, for them to work in a secure environment, by means of regulating the State actions regarding such investments and investors. In other terms, the main purpose of the Law was basically to regulate or to limit the State actions regarding investors and investments, assuring them a secure environment and a stable legal framework for their activities.

At the time of the enactment of this 1999 Investment Law, as aforementioned Venezuela was still a member State of the Andean Community of Nations, which resulted from the transformation of the original 1969 Andean Pact Integration Agreement.<sup>4</sup> For that reason, at that time the Venezuelan legal order included Decision 291 of the Andean Community (Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreements and Royalties) of March 21, 1991, and the implementing Regulations, adopted by Decree N° 2.095 of March 25, 1992<sup>5</sup> (Andean Pact Regime). The Andean Pact Regime was the only legal regime concerning foreign investment that existed in Venezuela at the time the 1999 Investment Law was adopted.

---

<sup>3</sup> See Decree Law N° 356 of October 3, 1999 which was published in *Official Gazette Extra*. N° 5.390 of December 22, 1999.

<sup>4</sup> The Andean Pact was later transformed into the Andean Community of Nations, from which Venezuela withdrew in 2006. The announcement was made by the President of the Republic of Venezuela in a meeting with the Presidents of Bolivia, Paraguay and Uruguay held in Asunción on April 20, 2006. See, *El Universal*, Caracas, April 21, 2006; *El Universal*, Caracas, April 24, 2006; *El Universal*, Caracas, April 20, 2006. The decision was formally notified by the Venezuelan Foreign Minister to the General Secretary of the Andean Community on April 22, 2006.

<sup>5</sup> See *Official Gazette* N° 34.930 of March 25, 1992.

As aforementioned, the Andean Pact Regime, although less restrictive than its predecessor regime under the Andean Pact, was still primarily concerned with the registration and strict regulation of foreign investment and did not contain provisions for the promotion or protection of such investments, other than a general principle of national treatment, subject to certain exceptions regarding economic sectors reserved to national enterprises.<sup>6</sup> In contrast, the 1999 Investment Law explicitly provides for the promotion and protection of investments (as its title indicates) and does so by establishing broad standards of protection, similar to those found in typical bilateral or multilateral treaties or agreements on investments. The aims of the 1999 Investment Law are clearly stated in its Article 1, which states:

“This Decree-Law is intended to provide investments and investors, both domestic and foreign, with a stable and foreseeable legal framework in which they may operate in an environment of security, through the regulation of the State's action towards such investments and investors, with a view towards achieving the increase, diversification and harmonious integration of investments in favor of domestic development objectives.”

While the primary focus of the Andean Pact Regime was to regulate foreign investment and the status of foreign enterprises in contrast to national enterprises, the primary focus of the 1999 Investment Law is to regulate the conduct of the State toward national and foreign investment and investors, in order to protect and promote investment. Indeed, even a superficial comparison between the two regimes shows that it was a fundamental objective of the 1999 Investment Law to complement the existing legal regime for the treatment of foreign investment and for foreign and national enterprises with a new regime better aimed at the promotion and protection of investments. Consequently, the Investment Law does not establish the distinction *noir* define the terms “foreign enterprise” or “national (Venezuelan) enterprise.” In this Law, the distinction that is established refers to the nature of the investments, between Venezuelan or international investments, and not between the nature of the enterprise recipient of the investment, that is, independently of it them being foreign or national enterprise, in the sense of the Andean Pact regime. That is why, both regimes were complementary ones.

---

<sup>6</sup> Decision 291, Article 2; Decree N° 2095, Articles 13, 26-28.

We will analyze the legal regime of the 1999 Investment Law due the important impact that it had in the Venezuelan regulations, *although the Law was repealed in 2014* and substituted by the Law on Foreign Investments,<sup>7</sup> which changed in a radical way the previous regime, eliminating any sort of promotion or protection of foreign investment, and providing basically for its control.

1. *The notion of “Investment”*

Article 3,1 of the 1999 Investment Law defined “investment” as “every asset destined to the production of income, under any of the entrepreneurial or contractual forms permitted by Venezuelan legislation.” By way of illustration, the same provision indicated that “investment” includes:

“personal and real property, tangible or intangible, over which property rights and other rights *in rem* are exercised; negotiable instruments; rights to any performance having an economic value; intellectual property rights, including know how, prestige and good will; and rights obtained in accordance with public law, including concessions for the exploration, extraction or exploitation of natural resources, and for the construction, exploitation, conservation and maintenance of national public works and for the provision of national public services, as well as any other right conferred by law or by administrative decision adopted in accordance with the law.”

Under this definition, every asset destined to the production of income under any entrepreneurial or contractual form permitted by Venezuelan legislation was an “investment” for the purposes of the 1999 Investment Law. In contrast, the Andean Pact Regime did not contain any definition of “investment;” it defined particular types of investment, as discussed below.

2. *The notion of “International Investment”*

Article 3,2 of the 1999 Investment Law defined “international investment” as “the investment that is the property of or is effectively controlled by foreign natural or legal persons.” It follows from this

---

<sup>7</sup> Official *Gazette* N° 6.152 Extra. of November 18, 2014.

definition, together with the definition of “investment” in Article 3,1, that an “international investment” was “every asset destined to the production of income, under any of the entrepreneurial or contractual forms permitted by Venezuelan legislation,” that is “the property of, or is effectively controlled by foreign natural or legal persons.”

At the time the 1999 Investment Law was adopted, there were investments in Venezuela made under the Andean Pact Regime, which did not use the term “international investment.” The Andean Pact Regime used an entirely different conceptual framework, based on the concepts of “foreign direct investment,” “national investment,” “sub regional investment,” “neutral capital investment” (based on a definition of “neutral capital”), and “investment of a mixed enterprise” (based on a definition of “mixed enterprise”).<sup>8</sup> Given this situation, it was necessary for the drafters of the 1999 Investment Law to determine how the conceptual structure of the preexisting Andean Pact Regime would fit within the new conceptual structure of the 1999 Investment Law.

This was accomplished by establishing that the new concept of “international investment” included the various types of investment that, under the Andean Pact Regime, presupposed ownership or control by foreign natural or juridical persons. Article 3,2 of the 1999 Investment Law thus provided:

“International investment embraces [*abarca*] foreign direct investment, sub regional investment, investment of neutral capital, and investment of an Andean Multinational Enterprise.”

In turn, Article 3.3 clarified that “foreign direct investment,” “sub regional investment,” “investment of neutral capital” and “investment of an Andean Multinational Enterprise” were “those defined as such in the Decisions approved by the Andean Community of Nations, and in their regulations in Venezuela.” Therefore, the concept of “international investment” in the 1999 Investment Law included those earlier concepts defined in the Andean Pact Regime, but was not limited to those concepts, because the concept of “international investment” as defined

---

<sup>8</sup> Decree N° 2095, Article 2; and Decision 291, Article 1.

in the 1999 Investment Law, was more comprehensive, as discussed below, than those old concepts of the Andean Pact Regime put together.<sup>9</sup>

### 3. *The notion of “International Investor”*

Article 3,4 of the 1999 Investment Law defined “international investor” as “the owner of an international investment, or whoever effectively controls it.” This definition was based on the definition of “international investment,” which was in turn based on the definition of “investment.” Notice that the definition of “international investor” did not require direct ownership or direct effective control of an international investment. The provision did not distinguish between different forms of ownership or effective control.

The Single Paragraph of Article 3 stated that “The Regulation of this Decree-Law shall set forth the conditions under which an investment shall be declared to be property of or effectively controlled by a Venezuelan or foreign natural or legal person.” This provision was necessary because “international investment” and “Venezuelan investment” were defined in Article 3 in parallel terms, and in both cases the application of the concept depended on ownership or effective control by either a Venezuelan or foreign person. Since “international investment” and “Venezuelan investment” were mutually exclusive concepts, the legislator let to the regulator the task of avoiding conflicts by clarifying the operation of ownership and effective control.

The Regulation addressed ownership in Article 3 and effective control in Article 4. In both articles, the Regulation stated that “it is understood that an investment is” owned (or effectively controlled) by international investors when their participation in the enterprise receiving the investment was a certain percentage of the capital, patrimony or assets, depending on the legal form of the enterprise. The percentage of participation in the enterprise receiving the investment

---

<sup>9</sup> The concept of “international investment” in the 1999 Investment Law is more comprehensive than the aggregate of “foreign direct investment,” “subregional investment,” “investment of neutral capital” and “investment of an Andean Multinational Enterprise” because “international investment” is based on a broader concept of “investment” than that presupposed by the Andean Pact Regime.

was 100% for ownership and at least 51% for effective control, although the Regulation provided for alternative criteria of effective control of the enterprise receiving the investment based on the investors' capacity to decide on the activities of the receiving enterprise, in the judgment of the *Superintendencia de Inversiones Extranjeras*.

The Regulation did not deal with ownership or effective control of the investment. The Regulation dealt only with ownership and effective control of the enterprise receiving the investment, but it did not require direct ownership or direct effective control of such enterprise. If the Regulation was interpreted as restricting the definition of "investment" in the statute by requiring ownership or effective control of an enterprise receiving the investment (a requirement that does not appear in the definition), the Regulation would be unconstitutional, because a norm of inferior rank (in this case, a regulation) cannot validly restrict the scope of a norm of superior rank (in this case, a decree having the rank and force of a statute). According to the Venezuelan constitutional system, regulations cannot introduce changes in the law or distort the spirit, purpose or reason of the law.

#### 4. "International investment" and "direct investment"

For the reasons explained in the foregoing paragraphs, an "international investor" under the 1999 Investment Law, needs noted to be the 'owner' of the direct investments in Venezuela or to be the one who 'actually controlled' them," as might be the case according to the Andean Pact Regime concept of "foreign direct investment." There was nothing in the 1999 Investment Law suggesting that an "international investment" was limited, if made by foreign investors, to a "foreign direct investment" under the Andean Pact Regime or that an "international investor" was to be the owner of a "direct" investment, in the sense of an investment owned or controlled directly rather than through subsidiaries. The concept of "international investment" was defined as "every asset destined to the production of income, under any of the entrepreneurial or contractual forms permitted by Venezuelan legislation" that is "the property of or is effectively controlled by foreign natural or legal persons." In contrast, the concept of "foreign direct investment" was defined merely in terms of contributions made by

foreign natural or juridical persons to the capital of an enterprise.<sup>10</sup> In other words, the concept of “international investment” in the 1999 Investment Law was based on a much broader concept of “investment” than the “foreign direct investment” under the Andean Pact Regime. Furthermore, under the Andean Pact Regime, the contributions that constitute “foreign direct investment” were to be owned by the foreign investor,<sup>11</sup> while an “international investment” under the 1999 Investment Law might be either owned or effectively controlled by a foreign investor (Article 3,2). Therefore, an investor may hold an “international investment” for the purposes of the 1999 Investment Law, whether or not it held a “foreign direct investment” (or any other type of investment) under the Andean Pact Regime.

On the other hand, it was not necessary for an investor to hold an “international investment” directly, as opposed to holding it through subsidiaries. The 1999 Investment Law and the Regulation required only that an international investment be owned or effectively controlled by foreign natural or juridical persons; it did not require that the ownership (or more precisely the effective control) be direct, that is, without intermediate companies. As aforesaid, the definition of “foreign direct investment” in the Andean Pact Regime did not limit the scope of “international investment” in the 1999 Investment Law, not being relevant the fact that the 1999 legislator did not include the phrase “direct or indirect” as a qualification to ownership or effective control.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Under the Andean Pact Regime, “Direct Foreign Investment” is defined as “contributions from abroad owned by foreign individuals or legal entities, to the capital of an enterprise, in freely convertible currency or in physical tangible assets, such as industrial plants, new and overhauled machinery, and new and overhauled equipment, spare parts, parts and pieces, raw materials and intermediate products. / Also considered as direct foreign investments are investments made in local currency from resources that are entitled to be remitted abroad and such reinvestments as may be made in accordance with this Regime. [...]”) Decision 291, Article 1. See also, Decree N° 2.095, Article 2.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> For example, Article 5,24 of the former Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, provided for the competence of the Supreme Tribunal of Justice regarding claims filed against the Republic, the States, Municipalities, or any



In addition, the requirement that control be “effective” itself indicated that what mattered was not a particular legal form of control, but the way an investment was controlled in the reality of international business. In order to have “effective control” over an investment, the controlling person must in fact have the power to appoint those who manage the investment. Such power can be possessed either directly or indirectly, for instance, through ownership of a sufficient percentage of stock in a chain of companies established for the purpose of owning and controlling the investment in Venezuela.

Finally, for the purposes of applying the regime of the 1999 Investment Law, the status of an investment under the Andean Pact

---

Autonomous Institute, public entity or enterprise, upon which the Republic “exercises decisive and permanent control, regarding their management or administration,” without the direct or indirect qualification, being interpreted by the Supreme Tribunal as referring to “indirect” control. See Supreme Tribunal of Justice, Decision N° 1.551 of September 18, 2007 (Case: Administradora Onnis, C.A., v. Informática, Negocios and Tecnología S.A.) (Exp. N° 2007-0786). In this case, the Politico-Administrative Chamber acknowledged that the expression “decisive and permanent control” from Article 5,24 of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice covers indirect control. The issue was whether the defendant Informática, Negocios y Tecnología S.A (INTESA) was an enterprise in which the Republic of Venezuela, a State or Municipality exercised “decisive and permanent control” to grant competence over the dispute to the administrative courts (juzgado contencioso administrativo). INTESA was a company incorporated in Venezuela, owned by SAIC Bermuda (60% shareholding) and PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. (PDV-IFT) (40% shareholding). PDV-IFT was in turn wholly owned by Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), and PDVSA is in turn wholly owned by the Republic of Venezuela. *Id.*, pp. 2, 4-5. The Politico-Administrative Chamber decided that “while the Republic through PDVSA is owner of only a 40% of the shares of [INTESA] [...] such percentage although it does not represent a majority shareholding, it does represent an important contribution by the Republic [...]” and concluded that “the Republic has a decisive participation in the defendant company [...]” *Id.*, p. 5 (emphasis added). Put differently, the Politico-Administrative Chamber recognized that indirect holding of shares of INTESA by the Republic of Venezuela was enough to satisfy the “decisive and permanent control” requirement, needed to grant to the administrative courts competence over the case against INTESA. Given its quantum, the case was assigned to the relevant Regional Superior Administrative Court (Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo Regional). *Id.*, p. 6.

Regime did not matter. Article 4 of the 1999 Investment Law made it clear that, while investments made under the Andean Pact Regime continue to be subject to that regime, they “shall also enjoy the protection established in this Decree-Law and shall be able to enjoy the benefits and incentives that this Decree-Law contemplates, within the limits that it establishes.” The 1999 Investment Law thus protected all international investments, in accordance with its own terms, being improper to distort the meaning of the 1999 Investment Law by interpreting it in the light of the Andean Pact Regime.

## **II. INTERNATIONAL ARBITRATION AS ONE OF THE LEGAL MEANS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS ESTABLISHED IN THE 1999 ABROGATED LAW**

The 1999 Investments Promotion and Protection Law,<sup>13</sup> was enacted when the 1999 Constitution was being discussed in the National Constituent Assembly, in which arbitration was expressly incorporated as an alternative means of adjudication and as a component of the judicial system (Article 253), requiring the State to promote it, in particular, through legislation (Article 258).<sup>14</sup> Specifically, Article 258 of the Constitution refers to “arbitration” as one of the formal means for achieving Justice, to the point that the Constitution establishes the State obligation to promote “arbitration, conciliation, mediation and any other alternate mean for the settlement of conflicts”. Consequently, according to the values regarding Justice that were expressly inserted in the Constitution, beside the organization of the national judicial system, the obligation of the State to promote arbitration was established.

---

<sup>13</sup> See Decree Law N° 356 of October 3, 1999 which was published in *Official Gazette* Extra. N° 5.390 of December 22, 1999.

<sup>14</sup> The promotion of arbitration is an obligation of all organs of the State. On the recognition of arbitration as an alternative means of adjudication by the 1999 Constitution, see generally Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004; Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 186 of February 14, 2001 (Case: Constitutional Challenge of Articles 17, 22 and 23 of the Investment Law).

One of the main elements to assure an institutional environment and a stable legal framework regarding investments is, precisely, to guarantee the settlement of disputes between the State and a foreign investor outside the national judicial system, through international arbitration, particularly the one established in the ICSID Convention. That is why, for instance, article 21 of the Law established the obligation for the State, when no treaty or agreement on investments was in effect, to eventually propose the settlement of disputes regarding the interpretation or application of the Law, to arbitration. That is why, in addition, the Investment Law, in order to develop and promote private investment, encouraged the adoption of alternative mechanisms for dispute resolution, such as arbitration. This was due, particularly, to the Government's official policy at that time, designed to offer the resolution of disputes by arbitration as a means of promoting investment and attract investments, surpassing the former past history of the country of reluctance on matters of arbitration.

In effect, it must be remembered that at the turn of the 20th Century, arbitration was generally rejected in Venezuela on matters of public law by application of the "Calvo Clause,"<sup>15</sup> and as a result of events of 1902

---

<sup>15</sup> The Calvo Clause had its origin in the work of Carlos Calvo, who formulated the doctrine in his book *Tratado de Derecho Internacional*, initially published in 1868, after studying the Franco-British intervention in Rio de la Plata and the French intervention in Mexico. The Calvo Clause was first adopted in Venezuela in the 1893 Constitution as a response to diplomatic claims brought by European countries against Venezuela as a consequence of contracts signed by the country and foreign citizens. See Tatiana B. de Maekelt, "Inmunidad de Jurisdicción de los Estados" in *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas 1982, pp. 213 ff.; Allan R. Brewer-Carías, "Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa" in *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; Allan R. Brewer-Carías, "Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los actos de Estado (act of state) en la jurisprudencia norteamericana" in *Revista de Derecho Público* N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas October-December 1985, pp. 29-42.

that gave rise in Venezuela to the “Drago Doctrine.”<sup>16</sup> On matters of private law, even though binding arbitration was authorized in the 19th Century in the civil procedure regulations as a means of alternative dispute resolution, although the 1916 Code of Civil Procedure established arbitration only as a non-binding method of dispute resolution, that is, without making the arbitration agreement mandatory (Articles 502-522).

That former attitude of suspicion or hostility to arbitration changed steadily from the middle of the 20th Century. After the 1961 Constitution adopted the principle of relative sovereign immunity (based on a similar provision contained in Article 108 of the 1947 Constitution), the insertion of binding arbitration clauses in public contracts became a generally accepted valid practice.<sup>17</sup> That is why, in August 1999, the Supreme Court of Justice dismissed a challenge to the constitutionality of the parliamentary act (*Acuerdo*) that authorized the Framework of Conditions for the “Association Agreements for the Exploration at Risk of New Areas and the Production of Hydrocarbons under the Shared-Profit Scheme” (“*Convenios de Asociación Para la Exploración a Riesgo de Nuevas Areas y la Producción de Hidrocarburos Bajo el Esquema de Ganancias Compartidas*”), dated July 4, 1995.<sup>18</sup> The Supreme Court of Justice held that the Congressional

---

<sup>16</sup> The Drago Doctrine was conceived in 1902 by the then Argentinean Minister of Foreign Relations, Luis María Drago, who –in response to threats of military force made by Germany, Great Britain and Italy against Venezuela– formulated his thesis condemning the compulsory collection of public debts by the States. See generally Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid 1927.

<sup>17</sup> See Alfredo Morles, “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público” in *Estudios Sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Vol. III, Caracas, 1979, pp. 1.701 ff; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265. The same provision established in the 1961 Constitution was incorporated in the 1999 Constitution. See Beatrice Sansó de Ramírez, “La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999” in *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas 2001, pp. 333-368.

<sup>18</sup> *Official Gazette* N° 35.754 of July 17, 1995.

authorization and, in particular, the inclusion of arbitration clauses in public law contracts, were valid under the 1961 Constitution in force at the time.<sup>19</sup>

In addition, Venezuela ratified the 1979 Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards,<sup>20</sup> the 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration,<sup>21</sup> and the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).<sup>22</sup> In 1986, the Code of Civil Procedure was amended to allow parties to make a binding agreement to submit controversies to arbitral tribunals, and to exclude the jurisdiction of ordinary courts (Articles 608-629). In addition, special statutes allowed for arbitration in areas related to copyright, insurance, consumer protection, labor, and agrarian reform.<sup>23</sup> In 1995, Venezuela ratified the ICSID Convention<sup>24</sup> and, between 1993 and 1998, it signed many bilateral investment treaties providing for international arbitration.<sup>25</sup> In 1998, Venezuela adopted the

<sup>19</sup> The Supreme Court of Justice, in Temporary Plenary Session, Expediente N° 812-829, August 17, 1999. The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice recently confirmed the ruling made under the 1961 Constitution, holding that Article 151 of the 1999 Constitution allows the incorporation of arbitration provisions in contracts of “public interest” (*interés público*). See Decision N° 1.541, of October 17, 2008.

<sup>20</sup> Official Gazette N° 33.144 of January 15, 1985.

<sup>21</sup> Official Gazette N° 33.170 of February 22, 1985.

<sup>22</sup> Official Gazette (Extra) N° 4832 of December 29, 1994. For an account of international instruments relevant to Venezuela’s recognition of international arbitration, see Decision N° 1.541 of October 17, 2008, pp. 13-14.

<sup>23</sup> See laws listed in Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas, 2001, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 53-77; and Decision N° 1.541, of October 17, 2008, pp. 12-13.

<sup>24</sup> Official Gazette N° 35.685 of April 3, 1995.

<sup>25</sup> See list of Venezuelan bilateral treaties on the promotion and protection of investments at Venezuelan Ministry of for Foreign Relations available at <http://www.mre.gov.ve/metadot/in-dex.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; ICSID Database of Bilateral Investment Treaties available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments Online Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 available at

Commercial Arbitration Law,<sup>26</sup> which is based on the Model Law on International Commercial Arbitration of UNCITRAL.<sup>27</sup>

In particular, regarding the ICSID Convention, that is, the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)*,<sup>28</sup> it was adopted by the Board of Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (World Bank), in its annual meeting held in Kyoto, Japan, on September 10, 1964. The purpose of the Convention was to create the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID Center) in order to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States. In that meeting Venezuela, together with many others Latin American countries, rejected the Convention.

Nonetheless, the Executive Directors of the World Bank on March 18, 1965, submitted the Convention together with the “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States” dated March 18, 1965, to the member governments of the World Bank for their consideration with a view to its signature and ratification. The result was that the Convention was adopted and entered into force on October 14, 1966, when it had been ratified by 20 countries.

---

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItem-ID=2344&lang=1>. See also, José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Caracas 2007, pp. 101-102; Tatiana B. de Maekelt, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano” in Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105; and Decision N° 1.541, of October 17, 2008, pp. 13-14.

<sup>26</sup> Official Gazette N° 36.430 of April 7, 1998.

<sup>27</sup> See generally Arístides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)” in Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 47 ff.

<sup>28</sup> Available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-preamble.htm>

The Government of Venezuela signed the Convention on Aug 18, 1993, that is thirty years after its entering into force, being approved the following year, in 1994, by statute sanctioned by the Venezuelan Congress.<sup>29</sup> Such Law of approval entered into force on June 1, 1995, after the deposit of its ratification was made on May 2, 1995. As it was declared in the Preamble of the Convention, “no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,” so in addition to the ratification of the Convention, for a State to be subjected to ICSID arbitration Center, its written consent must be expressed. That is why, in Article 25.1 of the Convention, regarding ICSID jurisdiction, it is established that it “shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.”

In 1999, consequently, it was possible to say that there was no prevailing culture of hostility to arbitration, and on the contrary, the 1999 Constitution, the legal system as a whole, and the international instruments to which Venezuela was a party embraced and promoted arbitration.<sup>30</sup>

Regarding ICSID International Arbitration system, according to article 25,1 of the Convention, the jurisdiction of the Center shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, which the parties to the dispute (a Contracting State and a national of another Contracting State) consent in writing to submit to the Center. The written consent by the Contracting State, as has been generally admitted, can be given in three ways: First, in an agreement providing for ICSID arbitration, included in a specific clause of a public contract entered between a public entity of the Contracting State and an international

---

<sup>29</sup> See the Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, in *Official Gazette* N° 4.832 Extra. of December 29, 1994.

<sup>30</sup> ICSID arbitration continued to be incorporated in the bilateral treaties for promotion and protection of investments signed and ratified after 1999. See Venezuela-France Bilateral Investment Treaty in *Official Gazette* N° 37.896 of March 11, 2004).

investor; second, in an international multilateral or bilateral treaty or agreement in which the Contracting State and the international foreign investor's Contracting State of nationality, are Parties, providing for the disputes to be settled by reference to ICSID; and Third, in the national legislation enacted for the promotion of investments when containing a provision in which the State gives in advance its consent for the disputes on investments to be submitted to ICSID arbitration<sup>31</sup>. In this last case, the offering State and the foreign investor's State of nationality must be Contracting parties to the ICSID Convention, and the investor must accept the offer in writing.

These various forms of written consent for international arbitration by ICSID Contracting States, which include domestic legislation, were mentioned since the conception of ICSID in the *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States* dated March 18, 1965, in which was said that “a host state might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing.”<sup>32</sup> Accordingly, since the drafting of the ICSID Convention, the way for the State to express consent by means of an open offers or unilateral promises to submit disputes arising out of international investments to the jurisdiction of the Center (*oferta abierta de arbitraje*),<sup>33</sup> as expressed in a national statute on promotion and protection of investment sanctioned by a Contracting State Party, has been considered as the written consent given in advance

<sup>31</sup> See, Christoph Schreuer, “The World bank/INCSID Dispute Settlement procedures”, pp. 1-2, in <http://www.oece.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf>; K.V.S.K Nathan, ICSID Convention, *The Law of International Centre for Settlement of Investment Disputes*, JurisPub, New York 2000, p. 117; Bernardo M. Cremades, “Arbitration in Investments Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protective Treaties”, p. 10, in <http://www.cremades.com/archivos/ber-nardo/arbitration%20investment.pdf>

<sup>32</sup> See in 1 ICSID Reports 28, p. 24, in *History of the ICSID Convention* II-2 956 (1970).

<sup>33</sup> See Bernardo Cremade and David J.A. Cairns, “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados, *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 95 ss.



by the State for arbitration, that any investor can accept by giving its own consent by writing.<sup>34</sup> It was also considered as one of the most important instrument the States have for attracting foreign investors,<sup>35</sup> that is, “one of the ways States attract foreign investment is to make unilateral promise to submit disputes to ICSID arbitration.”<sup>36</sup>

It was precisely in accordance with these possibilities and following the policy defined by the State in 1999 to promote and protect international investments<sup>37</sup> that Article 22 of the 1999 Investment Law

---

<sup>34</sup> In the “Memorandum from the General Counsel and Draft Report of the Executive Directors accompany the Convention” dated January 19, 1965, on the matter of the written consent by the Contracting States, it was said that: “a host state might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing”. See in *History of the ICSID Convention* II-2 956 (1970).

<sup>35</sup> “States, desiring foreign investment, make unilateral promises in the hope of attracting foreign investors. The most common among them are not to expropriate foreign investment except on the payment of full compensation and to submit disputes to ICSID arbitration”. See M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International*, The Hague, 2000, p. 209. Referring to the “economic policy designated to attract foreign investments”, and to the “incentives and guaranties” granted by the Egyptian Law N° 43, the ICSID Tribunal in the SPP v. Egypt Case indicated that “it is not surprising that these guarantees should include the promise of neutral or impartial dispute resolution, so as to dispel investors’ concerns about Egypt’s reputedly hostile attitude towards nondomestic arbitration”. See *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, paragraph 107, 3 *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1995. See the relevant parts in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 384.

<sup>36</sup> See A. Şule Akyüz, “The jurisdiction of ICSID: The Application of Article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States”, p. 346, in <http://aunf.ankara.edu.tr/anfd-arsiv/AUHF-2003-52-03/>

<sup>37</sup> Andrés A. Mezgravis has consider that article 22 of the Law must be interpreted favoring ICSID arbitration jurisdiction. See Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, in

expressed the consent of the Venezuelan State to submit to international arbitration controversies regarding international investment in the terms provided in the ICSID Convention.<sup>38</sup> That article provided as follows:

Article 22. Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect a treaty or agreement for the promotion and protection of investments with Venezuela, or any disputes to which apply the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration under the terms provided for in the respective treaty or agreement, should it so provide, without prejudice to the possibility of using, when applicable, the systems of litigation provided for in the Venezuelan laws in force.

Regarding this provision, for instance, Gabriela Álvarez Ávila considered that the Venezuelan Law included ICSID as the proper jurisdiction for the settling of disputes by means of arbitration, stating the following:

“A State can offer in its legislation on promotion of investments the option to resort to the ICSID Arbitration to settle disputes regarding certain type of investments, and the Investor can consent by writing

---

Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 388-391.

<sup>38</sup> Regarding the phrase contained in Article 8 of the Egyptian Law N° 43 (“within the framework of a treaty), similar to the one contained in Article 22 of the Venezuelan Law (“under the terms provided for in” the Convention), and its possible relation with the State consent in written in order for the disputes to be submitted to the Centre jurisdiction, the Center, in the SPP v. Egypt of 27 November 1985 Decision on Jurisdiction, ruled that it “does not import into a treaty additional requirements which the treaty does not contain. The Convention makes no mention of a separate ad hoc consent. It says only that there must be ‘consent in writing’”. Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, paragraph 99, 3 ICSID Reports, Cambridge University Press, 1995. See the relevant parts in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 382.

accepting said offer (Note 22: *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, ICSID, Doc. 2, note 4, p. 9.). In practice, around 30 States have followed this suggestion, by including ICSID in their legislation on promotion of investments, as the proper jurisdiction for the settling of disputes by means of arbitration (Note 23: This is the case of the Venezuelan Foreign Investments Promotion and Protection Law promulgated by means of Decree N° 356 of October 3, 1999).”<sup>39</sup>

This general consent given by the State, in any case, was coherent with the provisions of the Constitution and also with the general sense and purpose of the 1999 Investments Promotion Law, which as mentioned, was sanctioned precisely to promote and protect foreign investments and also for such purpose, to limit the State activities and powers. The submission of disputes regarding international investments to arbitration, and in particular to international arbitration, is precisely, one of the means directed to protect foreign investors and investments, assuring “the possibility of subjecting foreign investment disputes to an impartial dispute-settlement procedure of an international nature”, as is the ICSID Center, which is considered as “truly delocalized and denationalized” and consequently, as “the natural forum for solving investor-State disputes.”<sup>40</sup> That is why, that the *ratio legis* of the 1999 Investment Law, and in particular, of its article 22, justified its interpretation “in favor of arbitration.”<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> See Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002 (ISSN 1870-4654). <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cm/>

<sup>40</sup> See Bernardo M. Cremades, “Arbitration in Investments Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protective Treaties”, p. 2, in <http://www.cremades.com/archivos/bernardo/arbitration%20investment.pdf>

<sup>41</sup> See Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p 390.

This was the same conclusion to which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice arrived in its decision N° 186 of February 14, 2001, when ruling on a judicial review action precisely filed to challenge the constitutionality of article 22 of the Investment Law. In the ruling, the Tribunal rejected the petition to nullify the article because including an open offer for arbitration, arguing that:

“The plaintiff incurred in an error considering that with the transcribed provisions (articles 22 and 23, Investment Law) it was intended to give an authorization in order to leave aside public law regulations in favor of arbitral institution, snatching away from the national courts their power to decide the disputes that could arise from the application of the Promotion and Protection Law. In effect, the Chamber considers that the latter statement is an error because it is the Constitution itself the one that incorporate within the Justice System the alternate means for justice, among which, obviously, the arbitration is placed ... The Chamber is attentive to the fact that the plaintiffs seeking the nullity, have not noticed from the constitutional provision they claim as violated, that the alternate means of justice are also part of the Venezuelan system of justice and that the transcription they have made in their claim of the quoted Article 253, does not contain the last part of the provision”<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> “A juicio de esta Sala Constitucional, los demandantes incurren en el error de considerar que en virtud de las normas impugnadas, precedentemente transcritas, se intenta hacer una autorización para dejar de lado normas de derecho público a favor de órganos arbitrales, arrebatando de tal forma a los tribunales nacionales, la potestad de decidir las eventuales controversias que pudieran surgir con ocasión de la aplicación del Decreto Ley de Promoción y Protección de Inversiones. En efecto, estima esta Sala que la anterior aseveración constituye un error por cuanto es la propia Carta Fundamental la que incorpora los medios alternativos de justicia, dentro de los cuales obviamente se ubica el arbitraje, al sistema de justicia”... “Llama la atención de esta Sala que los demandantes en nulidad no hayan advertido, de la norma constitucional que invocan como violentada, que los medios alternativos de justicia también forman parte del sistema de justicia venezolano y que la transcripción hecha en su escrito libelar del citado artículo 253 no contenga el último aparte de dicha norma.” See in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 167.

The Chamber continued in its ruling pointing out that Articles 253 and 258 of the Constitution are the ones that:

“in an accurate and harmonic way recognize and include the alternate means of justice as part of the national Justice System, and in addition, establish a guideline to the legislative organs for the purpose for them to promote arbitration, conciliation, mediation and the other alternate means for settlement of disputes.”<sup>43</sup>

Finally, the Constitutional Chamber in the same ruling, after transcribing, again, the final part or article 258 of the Constitution (“The law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternate means for the settlement of disputes”), concluded with the following assertion:

“It is to point out that the Law, in this case a Decree Law, promoted and developed the aforementioned constitutional mandate by establishing arbitration as part of the means for the settlement of disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect a treaty or agreement for the promotion and protection of investments with Venezuela; or any disputes to which the provision of the Constitutive Agreement of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and the Nationals of other States (ICSID) are applicable” ... “It is the opinion of this Chamber that with the provision for arbitration in the terms developed by the challenged articles, there have been no violation of the sovereign power of the national courts in order to administer justice, as it is affirmed by the plaintiff, but instead –it is reiterated– [the challenged provisions] effectively develop the aforementioned programmatic norms contained in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.”<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> “A la luz de las normas contenidas en los artículos 253 y 258 de la Carta Fundamental, debido a que son estas últimas las que de una manera acertada y armónica reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello, establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan al arbitraje, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias”. See in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 167.

<sup>44</sup> See in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 168.

The aforementioned article 22 of the Investment Law, in any case, was a compound provision that contained three parts: the first one, concerning bilateral or multilateral treaties or agreements on the promotion and protection of investments;<sup>45</sup> the second one, dealing with the MIGA Convention; and the last one, dealing with the ICSID Convention. Because the article addresses three different sets of treaties or agreements, it is hardly surprising that it did not follow any particular model or pattern of national legislation conceived to address only consent to ICSID jurisdiction. That is why it must be interpreted not by reference to any pattern or model, but in accordance with its own structure and terms, taking into account its compound nature.

This happened, for instance in a very well-known case decided by the ICSID Center, regarding the consent given by Egypt in a national statute for international arbitration. Following what the ICSID Center decided in such case, in relation to the acceptance of a written consent expressed by the Egyptian State in the Law N° 43 in order to submit disputes arising from investments to the Centre, and according to the quotation made by Christoph Schreuer regarding such Decision, when applying the same interpretation to article 22 of the Venezuelan Law, Andrés A. Mezgravis expressed that:

“Around 30 States offer ICSID arbitration in their legislations on investments. Venezuela has been considered one of them (Note 95. Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México 2002, p. 212. In note 23 the author and Legal Counsel to ICSID, precisely quotes the Venezuelan Investment Law as an example). Nonetheless, as Schreuer rightly points out, “some national investment laws unequivocally establish the solution of disputes by ICSID”. “Other laws are not so clear, but nonetheless it can be deduced that they express the consent of the State on ICSID jurisdiction. In this regard, the national laws

---

<sup>45</sup> José Antonio Muci Borjas has affirmed that according to article 22 of the Venezuelan Law, “the Venezuelan State has given its consent for the disputes between a foreign investor protected by a BIT (bilateral investment treaty) by submitted to the Center”. See in José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007, p. 215.

point out that the foreign investor “shall have the right to request” for the dispute to be definitively settled by means of some of the different methods, including the ICSID Convention; that any of the parties to the dispute ‘may transfer the dispute’ to one of the various institutions, including ICSID; or that the dispute ‘shall be settled’ (*será resuelta*) (“*sera réglé*”) by one of those methods” (Note 96: Christoph M. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp 200, 201, specially paragraph 262). In our opinion, the Venezuelan Investment Law is in this last hypothesis<sup>46</sup>.

This same expression, “shall be”, used in Article 8 of the Egyptian Law N° 43 Concerning the Investment of Arab and Foreign Funds and the Free Zones, was precisely considered by the Centre in its Decision on Jurisdiction of 27 November 1985, in *South Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Case N° ARB/84/3, as more correctly translated as “must be.”<sup>47</sup> According to this approach, Article 22 of the Venezuelan Law was also considered as the written consent given by the Venezuelan State according to article 25,1 of the ICSID Convention, in order for the disputes on foreign investment to be submitted to international arbitration before the Center, as an obligation, once the open offer unilaterally made by the State was accepted by a foreign investor by expressing his written consent before the Center<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> See Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 388.

<sup>47</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, paragraph 86, 3 *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1995. See the relevant parts in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 376.

<sup>48</sup> “The legislative provision containing consent to arbitration is merely an offer by the State to investors. In order to perfect an arbitration agreement that offer must be accepted by the investor. The investor may accept the offer simply by instituting arbitration”. See Christoph Schreuer, “Consent Arbitration”, 12 July 2005, in <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20>

Consequently, as aforementioned, the Venezuelan Law was one of the categories of consent mentioned in the Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of other States; as ruled by the INCSID Centre in the same *SPP v. Egypt* Decision when referring to the Report, expressing that the drafters of the ICSID Convention “anticipated that a State might unilaterally give advance consent in writing’ to the Centre’s jurisdiction through investment legislation”<sup>49</sup>.

This was also the opinion I gave on the matter in a Paper written in 2005 for a Seminar organized by the Venezuelan Academy of Political and Social Sciences and the Venezuelan Arbitration Committee, in which regarding the interpretation of the Venezuelan Law and article 25,1 of the ICSID Convention, I expressed:

“The main subject for discussion in this case, is to determine in which form the “written consent” can be given. In the Case: Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt, the Centre, in its Decision on Jurisdiction dated April 14, 1988, as a source of the consent imposed by article 25,1 of the Convention, interpreted the value that internal law provisions have, when recognizing the jurisdiction of the Centre for the settling of disputes concerning foreign investments. The Center, in that case, interpreted as follows:” The Convention does not prescribe any particular form of the consent, not does require that consent be given on a case-by-case basis. To the contrary, the drafters of the Convention intended that consent could be

---

paper%20Schreuer. “The State’s offer to submit to ICSID jurisdiction in its national legislation is in itself insufficient to found jurisdiction under Article 25 of the ICSID Convention. The necessary agreement to arbitrate is perfected only when the investor also expresses its consent, in writing, which it may be in different ways”, one of which is by virtue of the filing of the claim and request for ICSID arbitration. See Lucy Reed, Jan Peulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2004, p. 38.

<sup>49</sup> Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, paragraph 98, 3 ICSID Reports, Cambridge University Press, 1995. See the relevant parts in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 382.



given in advance through investment legislation. Accordingly, the Tribunal cannot accept the contention that the phrase “where it applies” in Article 8 of Law N° 43 requires a further or ad hoc manifestation of consent of the Centre’s jurisdiction (Paragraph 101, 3 ICSID Reports, at 155-56).

Article 8 of the Egyptian N° 43 Law, established the following:

“Investment Disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor’s home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law 90 of 1971, where such Convention applies”.

In my opinion, this last expression of the Egyptian law is identical in its sense to the provision of article of the Venezuelan Law: “disputes to which the provision [of the ICSID Convention] are applicable.”

This mean that according to the jurisprudence of the ICSID Center, when an internal law has a provision which refers to the Center jurisdiction the settling of disputes related to investments, the condition of article 25,1 of the ICSID Convention is fulfilled by that sole circumstance, and that for article 25,1 be applicable, it is only required that the dispute arose directly from an investment between Contracting State and a national of other Contracting State in the Convention, not being necessary “*a further or ad hoc manifestation of consent of the Center’s jurisdiction.*”<sup>50</sup>

The Decisions on Jurisdiction issued in the *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt* ICSID Case were the first in which the Center based its jurisdiction on a unilateral offer made by a State in its national legislation on promotion of investments;

---

<sup>50</sup> See Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción”, in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 286-287.

a ruling which was contended by Egypt, alleging that the provision in its legislation contained only a promise for arbitration of ICSID, that it “was only an invitation” which could not be constructed as an offer. As was quoted in the 14 April 1988 ICSID Decision on Jurisdiction: “Egypt reiterated its objections to the Tribunal’s jurisdiction arguing that article 8 of the Law N° 43 was intended only to inform potential investors that ICSID arbitration was one of a variety of dispute settlement mechanisms available and that, in the absence of a further certain and unequivocal written acceptance of ICSID jurisdiction, the Tribunal lacked jurisdiction over the dispute.”<sup>51</sup> The Tribunal in its Decision on Jurisdiction of 27 November 1985 ruled as follows: “the Tribunal finds that Article 8 of Law N° 43 establishes a mandatory and hierarchic sequence of dispute settlement procedures, and constitutes an express ‘consent in writing’ to the Centre’s jurisdiction within the meaning of Article 25 (1) of the Washington Convention in those cases where there is no other agreed-upon method of dispute settlement and no applicable bilateral treaty”<sup>52</sup>. In its subsequent Decision on Jurisdiction of 14 April 1988, the Tribunal held the following: “The ordinary grammatical meaning of the words in Article 8, taken together with other Laws and Decrees enacted in Egypt, showed that Article 8 *mandated the submission* of disputes to the various methods described therein, in hierarchical order, where such methods were applicable” and concluded that “Article 8 was legally sufficient manifestation of

---

<sup>51</sup> See *Southern Pacific Properties(Middle East), Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/84/3, decision on Jurisdiction of 20 May 1988, E. Lauterpacht and E. Rayfusse (Ed), *ICSID Reports*, Vol. 3. Cambridge University Press, 1995, p. 105. The Center ratified the matter on jurisdiction in its Decision of May 20, 1992 (ICSID Case N° ARB/84/3, 3 ICSID Review FILJ, 1995, pp. 353-354, Paragraph 24. In the opinion of M. Sornarajah, in this case there was a “credible basis considering the civilian base of Egyptian law, for the view that Egypt had taken that a further agreement was necessary for there to be a binding arbitration agreement”, in *The settlement of Foreign Investment Disputes*, 2000, p. 210.

<sup>52</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, paragraph 98, 3 *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1995. Paragraph 116. See the relevant parts in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 384.

written consent to the jurisdiction of the Centre, and that no separate ad hoc written consent was required.”<sup>53</sup>

As this was also the case of Venezuela, where the Investment Law expressed in its article 22 a unilateral written expression of consent of the State, in the form of an open offer given to international investors to submit investment disputes to international arbitration, including ICSID arbitration; according to such provision, in the first decade of the current XXI century many cases were filed before the ICSID Center against Venezuela,<sup>54</sup> and also many of them were decided by ICSID Tribunals.

<sup>53</sup> E. Lauterpacht and E. Rayfusse (Ed), *ICSID Reports*, Vol. 3. Cambridge University Press, 1995, p. 106.

<sup>54</sup> Up to June 2012, the following were the cases filed before ICSID Center against Venezuela: ICSID Case N° ARB/11/30, Hortensia Margarita Shortt v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Maritime transport services); ICSID Case N° ARB/11/31 Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Fertilizer enterprise); ICSID Case N° ARB/00/5, Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Contract for the construction of a highway system); ICSID Case N° ARB/06/4, Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Farming enterprise); ICSID Case N° ARB/07/4, Eni Dación B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Hydrocarbon rights); ICSID Case N° ARB/10/14, Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Oil exploration and production); ICSID Case N° ARB/11/1, Highbury International AVV and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Mining concession); ICSID Case N° ARB(AF)/11/1, Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Coal supply agreement); ICSID Case N° ARB(AF)/11/2, Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Mining company); ICSID Case N° ARB/11/10, The Williams Companies, International Holdings B.V., WilPro Energy Services (El Furrial) Limited and WilPro Energy Services (Pigap II) Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Gas compression and injection enterprises); ICSID Case N° ARB/11/25, OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Industrial plants for production and distribution of glass containers); ICSID Case N° ARB/11/26, Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Hot briquetted iron production plant); ICSID Case N° ARB/05/4, I&I Beheer B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Debt instruments);

In particular, among others, and specifically on matter of Jurisdiction of the ICSID Center based on article 22 of the 1999 Investment Law, the following three decisions were issued: ICSID Case N° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, decision on Jurisdiction dated June 10, 2010

---

ICSID Case N° ARB/07/27, Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/09/3, Holcim Limited, Holderfin B.V. and Caricement B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Cement production enterprise); ICSID Case N° ARB(AF)/09/1, Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Mining company); ICSID Case N° ARB/10/19, Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Development, operation, and maintenance of an airport); ICSID Case N° ARB/11/5, Longreef Investments A.V.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Coffee production facilities); ICSID Case N° ARB/11/19, Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Construction and operation of fertilizer plant); ICSID Case N° ARB/00/3, GRAD Associates, P.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Contract for the construction and modernization of penitentiaries); ICSID Case N° ARB(AF)/04/6, Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Gold and copper mining project); ICSID Case N° ARB/07/30, ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/08/3, Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter Telecommunication enterprise); ICSID Case N° ARB/08/15, CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Cement production enterprise); ICSID Case N° ARB/10/5, Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Maritime-support services); ICSID Case N° ARB/10/9, Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Subject Matter: Oil and gas enterprise); ICSID Case N° ARB/96/3, Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (Subject Matter: Debt instruments). Information available (on June 22, 2012, at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?re-questType=SearchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=venezuela>).

(*Mobile ICSID Case*);<sup>55</sup> ICSID Case N° ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, decisions on Jurisdiction dated December 30, 2010 (*Cemex ICSID Case*);<sup>56</sup> and ICSID Case N° Arb/08/3, *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, decision dated August 2, 2011 (*Brandes ICSID Case*).<sup>57</sup> In all these three decisions, the ICSID Tribunals concluded that although article 22 of the 1999 Investment Law in effect contained an obligation imposed upon the State to go to international arbitration, which means that the State expressed in it its consent, being possible to grammatically interpret the condition in two valid ways, the intention of the State to submit disputes to international arbitration, in the cases, lacked to be evidenced. In the end, due to lack of evidences the ICSID Tribunal eventually declared that they had no Jurisdiction in those cases.

After these three cases were decided, in January 24, 2012 the Government of Venezuela officially withdraws in an irrevocable way from the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. After receiving the written notice of denunciation of the Convention, the World Bank as the depositary of the ICSID Convention, notified all ICSID signatory States of Venezuela's denunciation of the Convention. In accordance with Article 71 of the ICSID Convention, the denunciation took effect six months after the receipt of Venezuela's notice, that is on July 25, 2012.

The “Official Communiqué” of the Government justifying Venezuela’s withdrawing from the ICSID Convention<sup>58</sup> mentioned that its ratification in 1993 was a decision adopted by “a weak government without popular legitimacy pressed by traditional transnational economic sectors that participated in the dismantling of the national sovereignty of Venezuela.”

---

<sup>55</sup> Available at [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510\\_En&caseId=C256](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256).

<sup>56</sup> Available at [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831\\_En&caseId=C420](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831_En&caseId=C420).

<sup>57</sup> See at <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF>.

<sup>58</sup> The text of the Official Communiqué is available at <http://www.noticierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>.

This statement referred to the government lead by President Ramón J. Velasquez (1993-1994), in which I served as Minister for Decentralization.

Contrary to such assertion, that Government lead by a President Velasquez was a very important transitional one, configured after its appointment by the Congress in June 1993, once the acting President Carlos Andrés Pérez was removed from office by decision of the same Congress, with the support of all the political parties, in order to complete the constitutional term of former President Pérez. That transitional Government had the important task of assuring the continuity of the democratic rule of the country and, in particular, the successful development of the general elections that took place on December 1993. That Government was able to continue conducting the State in the midst of a grave political and economic crisis, having for such purpose all the needed legitimacy derived from the Constitution. Important decisions were adopted in many fields,<sup>59</sup> and also on matters of promotion of investments. In that respect, the signing of the ICSID Convention, according to the general prevailing policy of attracting foreign investments to the country, was a very important one for such purpose.

The “Official Communiqué” of the Venezuelan Government of January 24, 2012, in order to justify the Venezuela’s withdrawing from the Convention, in addition expressed that the text of article 151 of the 1999 Venezuelan Constitution<sup>60</sup> supposedly “invalidates, in its spirit and in its wording, the provisions of the ICSID Convention.” This assertion only evidenced the most complete ignorance by the Government of President Hugo Chávez of the sense and meaning of such constitutional provision, in which, on the contrary, it is expressly

---

<sup>59</sup> See the collective book: Ramón J. Velásquez. *Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>60</sup> See the text of the Constitution in *Official Gazette* N° 5.908 Extra. Of February 2, 2009. See the general comments in Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; and in *Constitutional Law in Venezuela*, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012.

established the principle of relative jurisdictional sovereign immunity of the State<sup>61</sup> following previous constitutional provisions included in the Constitution since 1947, allowing international arbitration in public contracts except when considered inappropriate according to their nature. The restriction, on the other hand, only refers to matters of arbitration related to public contracts, and in principle is not directed to regulate arbitration resulting from the consent of the State express in a statute.

In effect, Article 151 of the 1999 Constitution establishes that:

*“Article 151: In contracts of public interest, unless inappropriate according with their nature, a clause shall be deemed included even if not been expressed, according to which the doubts and controversies that may arise on such contracts and that could not be resolved amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws and could not give rise by any motive or cause to foreign claims.”*

This provision is basically a reproduction of the content of article 127 of the 1961 Constitution, which was kept in the new 1999 Constitution due to my personal proposal made before the National Constituent Assembly,<sup>62</sup> in particular, in order to contradict the “bizarre” and “inappropriate” proposal contained in a document submitted by President of the Republic, Hugo Chávez before the Assembly<sup>63</sup> proposing some constitutional changes. Among those, Chávez first proposed to

---

<sup>61</sup> See in general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” in *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ff.

<sup>62</sup> I was Elected Member of the 1999 Constituent Assembly. See my proposal regarding article 151 in Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>63</sup> See Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

completely eliminate from the Constitution the “Calvo Clause,”<sup>64</sup> and second, he proposed to return to the principle of absolute jurisdictional sovereign immunity but exclusively regarding public contracts entered by the “Republic,” eliminating all jurisdictional restriction regarding other public interest contracts signed by other public entities, that by the way, are the most common and important public contracts in the country, like for instance those signed in the oil and mining industry. That presidential proposal was without doubts, excessive permissive towards international arbitration on matters of public law.

The two clauses contained in the text of article 151 of the Constitution have been in the text of all Venezuelan Constitutions since 1893.<sup>65</sup> The first clause is the one referred to the principle of jurisdictional sovereign immunity of the State regarding public contracts. Initially it was referred to public contracts entered by the Republic and the States (Venezuela has the federal form of Government) and was conceived as an “absolute” jurisdictional immunity clause. It was first changed in 1901, expanding its initial scope in order to include, not only the “national” and “states” public interest contracts, but also the “municipal” contracts and any other public contract entered by other organs (“public powers”) of the State. And later, in 1947 it was also changed regarding the scope of the immunity, transforming it into a

---

<sup>64</sup> The Calvo Clause had its origin in the work of Carlos Calvo, who formulated the doctrine in his book *Tratado de Derecho Internacional*, initially published in 1868, after studying the Franco-British intervention in Rio de la Plata and the French intervention in Mexico. The Calvo Clause was first adopted in Venezuela in the 1893 Constitution as a response to diplomatic claims brought by European countries against Venezuela as a consequence of contracts signed by the State and foreign citizens. See Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol. I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.

<sup>65</sup> See the text of the 1893 Constitution as well as all the other Constitution in the history of the country in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, 2 vols.



“relative” jurisdictional sovereign immunity clause, following the general trend prevailing in comparative constitutional law.<sup>66</sup>

The proposal of Mr. Chávez in 1999 regarding this constitutional clause was to reestablish the absolute sovereign jurisdictional immunity principle abandoned in 1947, but in a limited way only regarding some “national” public interest contracts, that is, only those entered by the Republic, eliminating any kind of restriction on jurisdictional matters regarding public interest contracts entered by the states, the municipalities and other public entities. This presidential proposal, as I argued, was excessive and inconveniently permissive, particularly due to the fact that commonly, the public interest contracts are entered precisely by other entities different to the Republic, and particularly by public corporations and public enterprises.<sup>67</sup>

In any case, leaving aside that failed proposal made by the President of the Republic in 1999, the way the clause has been in the Constitution since 1947, that is, following the “relative” jurisdictional sovereign immunity, cannot be considered as something extraordinary or unusual, particularly because it follows the general principle of relative immunity in contemporary world. According to this Clause, the State is authorized in the Constitution to submit to international arbitration matters of public interest contracts except if the “nature” of their object prevents it, which is referred to the matters generally known as of *ius imperii*. That is why the argument of the Government for withdrawing from ICSID Convention, as well as the suggestion given the by ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, arguing that “Venezuela remained reluctant *vis-à-vis* contractual arbitration in the public sphere, as demonstrated by [...] Article 151 of the 1999 Constitution” (*Mobil* ICSID case, ¶¶ 131; 127, 128; *Cemex* ICSID case, ¶ 125), simply did not really understood the content of the provision of said article 151,

---

<sup>66</sup> See in general the classical book of Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, Académie Internationale de Droit International, Recueil des Cours 1980, The Hague 1981.

<sup>67</sup> See in Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

from which no “reluctant” attitude towards arbitration can be deducted. On the contrary, the constitutional provision of article 151 is, precisely, the one that allows international arbitration involving the Venezuelan State according to the principle of relative sovereign jurisdictional immunity that is the one generally accepted in contemporary world. Consequently, nothing in the Venezuela legal and constitutional order authorizes the Government to say that article 151 of the 1999 Venezuelan Constitution supposedly “invalidates, in its spirit and in its wording, the provisions of the ICSID Convention,” which means to consider that an expression of consent for international arbitration as the one contained in article 22 of the Investment Law would be inconceivable in light of article 151 of the Constitution. On the contrary, it is the trend set forth in such article the one that authorizes for the State to go to international arbitration.

The second clause contained in article 151 of the Constitution, inserted in the constitutional text also in 1893, and that has remained without change, is the already mentioned “Calvo Clause,” according to which in Venezuela is excluded and is inadmissible any diplomatic claims regarding public interest contracts signed between the different organs of the State and foreign entities or persons. The President of the Republic in his “bizarre” 1999 proposal before the Constituent Assembly, pretended to completely eliminate from the Constitution this centenary “clause,” and consequently to allow the possibility that in public interest contracts, their execution could give rise to foreign diplomatic claims against the Republic.<sup>68</sup> From that proposal, it is impossible to deduct any restrictive approach of the President toward arbitration matters. On the contrary, his proposals were inadmissible, being contrary to the interest of the State.

Finally, it must be mentioned, that article 151 of the Constitution establishing the relative sovereign jurisdictional sovereign immunity clause and the *Calvo* Clause, is a provision referred to “public interest contracts,” that is, basically, those entered by the three territorial divisions of the State (Republic, States, Municipalities). The clause allows the possibility for the State to give its consent to submit to international arbitration, for instance, disputes related to commercial matters derived from such public interest contracts.

---

<sup>68</sup> *Idem.*

In ICSID arbitration cases, based on jurisdiction through a State's consent given by a statute, as was the case of article 22 of the Investment Law, the ICSID Tribunals were not to deal with public interest contracts regulated in article 151 of the Constitution. The Tribunals in such cases only dealt with the consent given by the Venezuelan State in a statute (Article 22 of the 1999 Investment Law) to submit matters related to investment, generally of industrial, commercial or finance nature, to international arbitration.

In any case the decision of the government to “escape from ICSID,”<sup>69</sup> of course ignored the importance of the ICSID Convention for the purpose of attracting investment, which resulted evidenced by the fact that between 1993 and 1998, many bilateral treaties on investments (BITs) were signed, specifically providing for international arbitration, and in particular, for ICSID International Arbitration.<sup>70</sup> Its importance also resulted from the fact that in 2012 the Government that rejected international arbitration, was the same one that in 1999 sanctioned by means of a Decree Law N° 356 of October 3, the 1999 Investment Law containing express recognition of ICSID international arbitration. In it, the Government went farther an expressed, in Article 22 of the Law, the express written consent of the Republic of Venezuela to submit investments disputes to the ICSID arbitration Center, under

---

<sup>69</sup> See James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” in *El Universal*, Caracas February 7, 2012, available at <http://www.eluniversal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

<sup>70</sup> See lists of all those treaties at Venezuelan Ministry of for Foreign Relations at <http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; ICSID Database of Bilateral Investment Treaties at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments On-line Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. See also, in José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs)*, Caracas 2007; Tatiana B. de Maekel, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano,” in Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105.

Article 25.1 of the ICSID Convention. This is a historical fact that in spite of the decision to “escape from ICSID,” cannot be denied.

Article 22 of the 1999 Investment Law was not a provision that was officially adopted by the Government without knowing its significance, or that “under the influence of globalization currents was filtered within the Venezuelan regime” as it was affirmed without foundations.<sup>71</sup> On the contrary, it was a conscious decision adopted by a Government that at the time was seeking to promote and encourage international investments in the country, giving investors legal security assurances, like for the disputes to be decided by arbitral tribunals.

For such purpose, in article 22 of the 1999 Investment Law, the State gave its consent to submit investments disputes to ICSID arbitration, expressed in the form of an open offer of arbitration (*oferta abierta de arbitraje*) subjected to acceptance by the investor-claimant to a relevant dispute, to go to international arbitration, or, at his will, to resort to national courts. Not only the signing of the ICSID Convention in 1993, but the text of Article 22 of the 1999 Investment Law, reflected the pro-arbitration trend existing in Venezuela at the time, developed over the past few decades, which crystallized not only in Article 258 of the 1999 Constitution, sanctioned in parallel to the 1999 Investment Law, compelling the State to promote arbitration. This same trend was reflected in an important number of other statutes sanctioned during the same year 1999.

In the ICSID *Mobil* and *Cemex* cases, the tribunals decided that in those particular cases, article 22 of the Investment Law did not provide a basis for their jurisdiction. In the ICSID *Brandes* case, the tribunal without any motivation also ruled that article 22 of the Investment Law did not provide basis for jurisdiction at all. Nonetheless, and contrary to those assertions, since 2005 I have had another opinion, considering that article 22 of the 1999 Investment Law contained the consent of the Venezuela State, as an open offer, to go to international arbitration. My intention in this chapter is to reaffirm the conviction I Have always had, stressing the erroneous motivation of the aforementioned three ICSID tribunals rulings, as well as of the erroneous content of Supreme

---

<sup>71</sup> See Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, p. 132.

Tribunal Decision N° 1.541 of 2008 issued by the Constitutional Chamber, at the request of the Government, interpreting Article 22 of the Investment Law in the sense asked by the Government.

### **III. THE VENEZUELAN STATE'S EXPRESSION OF CONSENT TO ICSID ARBITRATION JURISDICTION IN ARTICLE 22 OF THE 1999 ABROGATED INVESTMENT LAW**

As already mentioned, since 2005 I have considered that Article 22 of the 1999 Investment Law contained a unilateral written expression of consent, in the form of an open offer by the Republic of Venezuela, for international investors to submit investment disputes to international arbitration, including ICSID arbitration. I first expressed that opinion when analyzing in general terms the now abrogated 1999 Investment Law in a *Seminar* held in Caracas, organized by the *Academy of Political and Social Sciences* that was sponsored by the *Venezuelan Arbitration Committee*. That can be considered the first general academic approach made regarding the 1999 Investment Law made in Venezuela, in order to study its provisions, convening a numerous group of Scholars in order to study the different aspects of the Law, from the point of view of the different branches of law.

Previous to such occasion, nonetheless, it must be mentioned that perhaps the first specific analysis of the Venezuelan Law, particularly of its article 22, was made in 2000, immediately after its enactment, by two well-known Venezuelan lawyers, Fermín Toro Jiménez and Luis Brito García, when they filed a popular action challenging the constitutionality of article 22 of the Law before the Supreme Tribunal of Justice. They based their argument in the fact that such provision authorized investors to live aside the national courts and resort to international arbitration, which could only occur if the State in the same provision had already expressed its consent to arbitrate before international arbitration forum. The claimants argued that by leaving the decision to submit the disputes on investments with the State to international arbitration, on the exclusive hands of the international investors, it violated the Constitution. The Constitutional Chamber of

the Supreme Tribunal dismissed the case upholding the constitutionality of article 22 in decision N° 186 of February 14, 2001.<sup>72</sup>

In 2005, a Conference on “*Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*” was organized in the Academy of Social and Political Sciences, which was inaugurated by the then President of the Academy Alfredo Morles Hernández, who gave a general overview (*Presentación*) on arbitration. That Presentation altogether with all the papers submitted to the Seminar were all published in a book by the Academy.<sup>73</sup> That academic event followed a previous one, also organized by the same Academy in 1998, on the “*Ley de Arbitraje Comercial*,” in which it was my duty to make the “Presentation,” as I was at that time the President of the Academy. All the papers submitted to that Seminar, were also published in the book.<sup>74</sup> In both Seminars, all the Papers submitted were academic papers given by Law Professors, with only academic purposes.

It was in the context of the 2005 Seminar on arbitration organized by the Academy in 2005, that I was asked by the Coordinator of the Seminar to submit comments on the 1999 Investment Law, from the exclusive point of view of public internal law, which I did, writing the aforementioned paper on “*Algunos comentarios a la ley de promoción y protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción*” (“Some Comments on the Law of promotion and Protection of Investments: Public Contracts and Jurisdiction”).<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> See the decision N° 186 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of February 14, 2001, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/186-140201-00-1438%20.htm>.

<sup>73</sup> See Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005.

<sup>74</sup> See Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

<sup>75</sup> See Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción”, in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 279-288. This Paper was

As the title of the paper announced, what I wrote, in fact, were “Some Comments” on the Law, making specific emphasis on the legal stabilization intention of the Law; the general legal guaranties given for the protection of investments; the figure of the public contracts for legal stabilization for investments; and the provisions established in the Law for the solution of disputes or controversies on matters of investments. All such comments were expressed in a brief paper written without footnotes, and only based in the analysis of text of the Law. The purpose was merely to divulgate comments on the institutions provided in the Law, which up to that moment, was one statute that have had very little attention in the legal academic world. Those “Some Comments,” consequently, were just general comments made regarding the text of the Law from the internal public law point of view, without even quoting for such purpose any decisions of national courts on the matter. That is why no mention was made, for instance, to the Decision N° 186 of the Supreme Tribunal of February 14, 2001, dismissing the already mentioned popular action of unconstitutionality and upholding the constitutionality of article 22 of the Investment Law,<sup>76</sup> particularly because the discussion about the incorporation of arbitration in the 1999 Constitution as part of the judicial system was a matter I considered already without discussion.

Instead, in that occasion in 2005, in the Seminar organized by the Academy, when studying in particular article 22 of the Law and realizing that it contained a general expression of consent given by the Venezuelan State for international arbitration, researching for antecedents of such State’s consent to arbitration given through a national statute, I only referred to an ICSID tribunal decision that was drown to my attention, issue in the case *Southern Pacific Properties*

---

later included in my book *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 453-462, and is also available at [http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20473.%20Protección%20de%20Inversiones.%20Contratos%20públicos%20y%20jurisdicción%20\[bis\]%2010-05.pdf](http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20473.%20Protección%20de%20Inversiones.%20Contratos%20públicos%20y%20jurisdicción%20[bis]%2010-05.pdf). pp. 7-9.

<sup>76</sup> Available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/186-140201-00-1438%20.htm>

*(Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case N° ARB/84/3, Decision on Jurisdiction of April 14, 1988) (*SPP case*).<sup>77</sup>

The matter of the State's consent included in Article 22 of the Venezuelan Law and the solution given in the aforementioned *ICSID SPP* case decision, at that time was for me, from the internal public law point of view, one of the most interesting aspects of the Law, being in fact a novelty in Venezuelan law. It was the first time that I found in the text of a statute in Venezuela, that the State was unilaterally giving its consent for jurisdiction on matters of international arbitration. Never before I knew about any other Law in which the State assumed in a unilaterally way an obligation to submit controversies to international arbitration, that is, with international effects. This was the aspect that at that time called my attention and doing some research for antecedents of such unilateral expressions of consent, I found the *ICSID SPP* case, which I mentioned in my "Some Comments,"<sup>78</sup> as aforementioned stressed.

---

<sup>77</sup> See *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Case ARB/84/3, May 20, 1992. Decision Award on the Merits, in which mention is made to all the previous decisions on Jurisdiction, available at [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671\\_En&caseId=C135](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135)

<sup>78</sup> In the article, I quoted the 1985 ICSID Centre decision on Jurisdiction issued in the case *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, referred to Article 8 of the Egyptian Law N° 43, considering as "an express 'consent in writing' to the Centre's jurisdiction within the meaning of Article 25.1 of the Washington Convention in those cases where there is no other agreed-upon method of dispute settlement and no applicable bilateral treaty." Decision on Jurisdiction, 27 November 1985, ¶ 98, 3 *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1995. ¶ 116. At that time, I read the relevant parts of the decision in Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 384. In its subsequent Decision on Jurisdiction of 14 April 1988, the Tribunal held the following: "The ordinary grammatical meaning of the words in Article 8, taken together with other Laws and Decrees enacted in Egypt, showed that Article 8 mandated the submission of disputes to the various methods described therein, in hierarchical order, where such methods were applicable" and concluded that "Article 8 was legally sufficient manifestation of written



As I mentioned, from the internal constitutional and administrative law point of view, the matter of the State expression of consent to ICSID arbitration through a *national statute* was, without doubts, a novelty matter in Venezuela. It was one of the instruments for the State to give consent to arbitration according to the ICSID Convention that authorized the States to give direct consent for international arbitration in a unilateral way through statutes, having as precedent, the case *ICSID SPP*, decided by an ICSID Tribunal by decision of April 14, 1988, precisely regarding matters of Jurisdiction. In it the Tribunal, determined that the aforementioned Article 8 of the Egyptian Law N° 43 constituted “an express ‘consent in writing’ to the Centre’s jurisdiction within the meaning of Article 25.1 of the Washington Convention even in those cases where there is no other agreed-upon method of dispute settlement and no applicable bilateral treaty.”<sup>79</sup>

I considered that Article 22 of the Investment Law had similarities to that provision of the Egyptian law, and that the *ICSID SPP* case provided support for the idea that consent may be given through a statute as opposed to a BIT.<sup>80</sup> Article 22 of the 1999 Investment Law, in effect, stated:

---

consent to the jurisdiction of the Centre, and that no separate ad hoc written consent was required.” Also at that time, I read the relevant parts of the decision in E. Lauterpacht and E. Rayfusse (Ed.), *ICSID Reports*, Vol. 3. Cambridge University Press, 1995, p. 106.

<sup>79</sup> Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case N° ARB/84/3, Decision on Jurisdiction of April 14, 1988, ¶ 116.

<sup>80</sup> In its Decision on Jurisdiction of 14 April 1988, the Tribunal held that “[t]he ordinary grammatical meaning of the words in Article 8, taken together with other Laws and Decrees enacted in Egypt, showed that Article 8 mandated the submission of disputes to the various methods described therein, in hierarchical order, where such methods were applicable” and concluded that “Article 8 was legally sufficient manifestation of written consent to the jurisdiction of the Centre, and that no separate ad hoc written consent was required.” Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case N° ARB/84/3, Summary of Decision on Jurisdiction of April 14, 1988, 3 ICSID Reports, p. 106. See also in E. Lauterpacht and E. Rayfusse (Ed.), *ICSID Reports*, Vol. 3. Cambridge University Press, 1995, p. 106.

*“Article 22. Controversies that may arise between an international investor, whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or controversies in respect of which the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID) are applicable, shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so establishes, without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect.”<sup>81</sup>*

Both Articles in the Egyptian (E) and Venezuelan (V) Laws established the same expression of consent of the State to submit disputes on investments to international arbitration, by using the same wording, particularly in the following three expressions: “Shall be settled” (E) or “shall be submitted” (V) [by/to ICSID Center] “within the framework of the Convention”(E) or “under the terms provided for in the respective treaty or agreement”(V); “where such Convention applies”(E) or were such treaties or Convention “are applicable” (V).

---

<sup>81</sup> Spanish Text: Artículo 22. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI–MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.” The term “controversias” has also been translated as “disputes” (instead of “controversies”) and the expression “si así éste lo establece” has also been translated as “if it so provides” or “should it so provide” (instead of “if it so establishes”).

In my opinion, the content and structure of both Articles were very similar, and the last expression of the Egyptian law “where such Convention applies,” was identical in its meaning to the provision Article 22 of the Venezuelan Law concerning “disputes to which the provisions [of the ICSID Convention] are applicable.” This means that, according to the jurisprudence of ICSID, when an internal law containing an expression of consent to submit disputes to international arbitration has a provision which referred to ICSID jurisdiction, the condition of Article 25.1 of the ICSID Convention was fulfilled. For such Article 25.1 to be applicable, it was only required that the dispute arose directly from an investment between the Contracting State and a national of another Contracting State in the Convention, so due to the mandatory provision to submit to arbitration, no “further or *ad hoc* manifestation of consent of the Center’s jurisdiction” was necessary.<sup>82</sup>

While, in general, consent of the States to ICSID arbitration is less commonly given through statutes than through BITs, the *SPP* case provides an example of a statute providing such consent.<sup>83</sup> Based on such similarities, in 2005, I considered that Article 22 of the Venezuelan

---

<sup>82</sup> Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de promoción y protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción,” *loc. cit.*, pp. 286-287.

<sup>83</sup> It is therefore not surprising that similar legislations passed in other States have “received less attention from practitioners, academics and international organizations responsible for legal and policy issues related to foreign investments.” See Ignacio Suarez Ansorena, “Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws,” in I. Laird and T. Weiler (Eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 63, 79.. It is important to note that the constitutionality of the law was upheld in 2001 by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.

Investment Law was no different; conclusion that is shared by other commentators;<sup>84</sup> although others have a different point of view.<sup>85</sup>

On the other hand, the interpretation of article 22 of the Investment Law as an open offer of consent of the Venezuelan State for international arbitration was consistent with the policy defined by Congress and the National Executive of Venezuela in 1999 in order to promote and protect international investments. For such purpose, Article 22 of the Investment Law expressed the consent of the Venezuelan State to submit to international arbitration controversies regarding international investment.

---

<sup>84</sup> See, e.g., Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 392. Other commentators also have reached the same conclusion about the similarity between Article 8 of the Egyptian N° 43 Law and Article 22 of the 1999 Venezuelan Investment Law. See, e.g., Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” in Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Vol 2, JurisNet LLC 2009, pp. 104-105; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 175. See also Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002 (ISSN 1870-4654). <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cm/>; Guillaume Lemenez de Kerdelleau, “State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law” in *TDM*, Vol. 4, Issue 3, June 2007; M.D. Nolan and F.G. Sourgens, “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study” in *TDM*, Provisional Issue, September 2007.

<sup>85</sup> See for instance, Omar E. García-Bolívar, “El arbitraje en el marco de la ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones,” in *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, N° 26, Caracas 2008, pp. 313 ff; and more recently, Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 123 ff. Sansó, in particular, criticizes my opinion, pp. 146-148.

Being a provision of a national law, the text of article 22 had to be interpreted according to the principles of interpretation established in Venezuelan law, particularly in article 4 of the Civil Code. Nonetheless, being a national law that gives consent to international arbitration it also has to be interpreted following principles on international law. That is why the three ICSID Arbitral Tribunal decisions on Article 22 of the Venezuelan Investment already mentioned had considered relevant to give consideration of international law along with national law (See *Mobil* ICSID case, ¶¶85, 95) *Cemex* ICSID case, ¶¶79, 88), and *Brandes* ICSID case, ¶36). Consequently, it is possible to sustain that both Venezuelan law and international law were relevant in interpreting the Investment Law, bearing in mind that as such Tribunals concluded in the three cases, on matter of interpretation, Venezuelan law does not conflict with international law. That implied, among other principles, that the Tribunals, applying general principles of interpretation in a very similar way, considered that the text of the Article must be analyzed totality and not only in its separate parts.

Consistent with the conclusion that the wording of the law and the connection of the words used is central, and considering the general pro-arbitration content of the Venezuelan legislation issued at the same time by the Government, in my opinion, the only reasonable conclusion is that Article 22 was an expression of a general offer of consent given by the Venezuelan State to submit investment disputes to international arbitration when accepted by international investors; giving the international investor, at his will, the option to go to arbitration or to resort before the national courts.

In effect, the necessity of analyze the wording of article 22 in its context, is a principle of Venezuelan law established in Article 4 of the Civil Code,<sup>86</sup> resulting from it that the expression of consent to international arbitration contained in Article 22 of the Investment Law derived from the meaning of the words used in the provision, considered

---

<sup>86</sup> Spanish text: Civil Code, “Artículo 4: A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.”

within the pro-arbitration policy of the Government at the time and within the general context of the whole text, and not from only one part of it. Notably, the language “shall be submitted to international arbitration” (“*serán sometidas al arbitraje internacional*”) used in the provision, was an expression of command that conveyed the mandatory nature of Article 22. The phrase “if it so establishes” (“*si así éste lo establece*”) mean that such command of Article 22 was subjected to a condition in the sense that it applied if the respective treaty or agreement (Article 22 referred to other treaties alongside the ICSID Convention) contained provisions establishing a framework for international arbitration, that is, “establishes arbitration.”<sup>87</sup>

This condition was satisfied by the ICSID Convention, being the open offer of consent expressed in Article 22 confirmed in its last phrase which was a disclaimer: “without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect” (“*sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente*”). All of these factors in combination gave the international investor the possibility to unilaterally decide, at his will, to submit the particular dispute to international arbitration or to submit the dispute before the national courts. Given the command included in the first part of the Article, the option that the investor had can only exist and make sense if the State had already given its consent to international arbitration by virtue of the State’s ratification of the ICSID Convention.

Article 22 of the Investment Law’s expression of a unilateral consent by the State to submit disputes with international investors to the jurisdiction of ICSID arbitration on the other hand, was intentionally included by the Government (National Executive), acting as a Legislator, when it enacted the Decree Law N° 356 of October 3, 1999 sanctioning such Law. This intention of the National Executive was also consistent with the general policy defined by the Government at the time of its enactment for the purpose of attracting and promoting

---

<sup>87</sup> See Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” *loc. cit.* pp. 95; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, *cit.*

international investments in the country, which also lead, at the same time, to the drafting of the constitutional mandate of Article 258 of the 1999 Constitution. This Article 258 imposed on all organs of the State (not only the legislative organs but also the Judiciary)<sup>88</sup> the task to promote arbitration. Other pieces of legislation, from which the pro-arbitration principle was derived, also were issued at the time.<sup>89</sup>

What is absolutely clear from the aforementioned, regarding the content of Article 22 of the Investment Law, is that the reference it contained regarding ICSID international arbitration was not a mere declaration of principles, or a “mere reference in a national law to ICSID” as was suggested by the Supreme Tribunal of Justice in Decision N° 1541 of October 17, 2008, issued at the request of the Attorney general seeking an “official” interpretation of article 22 of the Investment Law.<sup>90</sup> Nor was Article 22 of the Investment Law intended to simply acknowledge the possibility of dispute resolution in ICSID Center. On the contrary, Article 22 of the Investment Law amounted to the binding consent given by the Venezuelan State to arbitral jurisdiction.

---

<sup>88</sup> See Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 27.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 31. See also Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 66-67.

<sup>90</sup> See Decision N° 1.541 of October 17, 2008 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>, pp. 10-14. It was also published in *Official Gazette* N° 39.055 of November 10, 2008. In this paper, when referring to the Decision No 1541 of 2008, I will quote the pages of the version published in the web site of the Tribunal. See the critical comment on this decision in Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, p. 156.

#### IV. THE PRO-ARBITRATION TREND IN THE EVOLUTION OF THE VENEZUELAN LEGAL REGIME IN THE YEARS PREVIOUS TO THE ENACTMENT OF THE 1999 INVESTMENT LAW

At the moment at which the Investment Law was enacted, it can be said that the hostility or unfavorable attitude toward arbitration that existed in Venezuela since the last decade of the 19<sup>th</sup> century was already completely overcome. The 1999 Investment Law was therefore a piece of legislation completely reconcilable with its historical background, including the State's ratification between 1993 and 1998 of numerous treaties for the protection and promotion of investments (that also provided for international arbitration), as well as the other legal provisions regarding arbitration adopted at the time. Therefore, in 1999, and from a systematic and historical perspective, article 22 of the Investment Law by which the State offered unilateral consent to arbitration in order to promote investment, can be said that was an essential part of the *raison d'être* of the 1999 Investment Law, in complete accord with the political official trend in favor of international arbitration. Furthermore, using the teleological and sociological element of statutory interpretation, the economic and social situation prevailing at the time the 1999 Investment Law was enacted, explains that the former Congress and the National Executive, acting as legislators, intended to promote investments. Offering consent to international arbitration was a means to do so.

That economic policy and the whole legal order existing in 1999, in effect, tended to promote foreign investment and international arbitration,<sup>91</sup> being such policy clearly reflected in the 1999 Investment Law as a whole, primarily devoted to promoting and protecting foreign investment by regulating and limiting the actions of the State in the treatment of such investment. Submission of disputes to international arbitration is precisely one of the principals means of protecting foreign

---

<sup>91</sup> See Victorino Tejera Pérez, "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study," *loc. cit.*, p. 113; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, p. 154.



investors and investments. Even the 2008 Decision N° 1.541 of the Supreme Tribunal, recognized that one of the ways States have in order to attract foreign investment is to make a unilateral promise to submit disputes to arbitration. The Tribunal said: “It is not possible to ignore that States seeking to attract investments must in their sovereignty decide to grant certain guarantees to investors, in order for such relationship to take place. Within the variables used to achieve said investments, it is common to include an arbitration agreement, which in the investors’ judgment provides them with security in relation to the –already mentioned– fear of a possible partiality of State tribunals in favor of [the tribunals’] own nationals” (p. 29).

1. *The historical background of the matter of arbitration: from hostility towards acceptance*

The historical background of the Investment Law was summarized in 2005 by the President of the Academy of Social and Political Sciences, Alfredo Morles Hernández, in the already mentioned *Seminar* organized in 2005<sup>92</sup> in order to analyze and study the 1999 Investment Law. In his opening statement (*Presentación*), what Alfredo Morles said confirms that by 1999, the prevailing attitude towards arbitration in the Government was a favorable one, despite the voices that still existed that opposed to State arbitration as a principle. The statements of Morles also confirm his own favorable attitude towards arbitration. In the last part of the statement of Morles he said:

“Now, all this hostile culture towards arbitration in general, and all the suspicious and prejudicial attitude of the legal community regarding its use, has been giving way to a new situation, favored in the international field by the equalitarian treatment between Nations and because the action of international organizations like UNCITRAL in which a wide participation of the Nations of all Regions exists [...]”<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> See Alfredo Morles Herández, “Presentación,” in Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 7-14.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 12.

After reviewing all the elements of that “new trend” favoring international arbitration, particularly the ratification during the past decades of all the most important international conventions on the matter, making particular emphasis on the ICSID Convention, which Morles considered as being “the object of a practically universal acceptance,” he clarifies that if it was true that “during a length of time the Latin American countries showed reticence in adhering” “this tendency from some time on has reverted.”<sup>94</sup> Morles ended his statement by pointing out that “lawyers and judges have to abandon, that is, forget the reticence towards arbitration; and learn the convenience of its use, for the simple reason that as well as the majority of citizens lack the resources to pay for expensive justice, they also don’t have the patience to tolerate justice that is even more slow and suspicious.”<sup>95</sup> From what Morles said in his Presentation, when read in totality, what is clear is that its “central theme” was not to consider the matter of traditional hostility towards arbitration, but on the contrary, to stress the “new situation” in favor of international arbitration that substituted the former “hostile culture,” and to express the need for the legal community to overcome, that is to “abandon” and “forget” all “reticence towards arbitration” that he considered as an “ideal, rapid and transparent system of conflict resolution.”<sup>96</sup> Morles position related to the possibility of the renunciation of jurisdictional immunity in public contracts entered by the Republic referring to external public debt (*empréstito público*) was very different.<sup>97</sup> Since 1970, Morles had criticized the legal opinion of the General Attorney’s Office (expressed in 1977) that it was permissible to incorporate in external public debt contracts clauses renouncing the State’s jurisdictional immunity which at the time was extensively incorporated in public contracts.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> *Idem*, pp. 12-13.

<sup>95</sup> *Idem*, pp. 13-14.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>97</sup> *Idem*, pp. 13-14.

<sup>98</sup> See Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” in *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717.

Therefore, it is an historical fact that, particularly after the sanctioning of the 1961 Constitution and well before 1999, the Republic had accepted in a very extensive way, specifically with respect to public contracts, its ability to renounce its jurisdictional immunity.

2. *The constitutional evolution on jurisdictional immunity of the State and the healing of old diplomatic wounds*

In any case, it is useful to recall the evolution of the constitutional provisions in Venezuela on matters of international arbitration and jurisdictional immunity. During the 19th century and the first two decades of the 20th century, international arbitration was the general rule that the Constitutions imposed to be established in a clause that had to be incorporated in all international treaties for the solution of all differences between the Contracting parties.<sup>99</sup> The clause was reestablished in 1947, although with a wider scope, referring to all international compromises (and not only treaties) and to the solution of controversies by pacific means (and not only arbitration) recognized in international law.

The Constitution has included, since 1893, an important Article with three specific clauses: first, the prohibition for public interest contracts (public interest contracts) to be transferred to foreign States; second, the absolute immunity for jurisdiction clause establishing the obligation of its inclusion in all public contracts; and third, the so called “*Calvo* clause” excluding any diplomatic claims regarding such public

---

<sup>99</sup> In the 1864 (Article 112), 1874 (Article 112), 1881 (Article 109), 1891 (Article 109), 1893 (Article 141), 1901 (Article 133), 1904 (Article 120), 1909 (Article 138), 1914 (Article 120), and 1922 (Article 120) Constitutions, an Article was included establishing that in international treaties a clause was to be incorporated with the following text: “All the differences between the contracting parties must be decided, without recurring to war, by arbitration of friendly State or States.” See in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008. See J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 410.

contracts. Following this provision, it was precisely, at the turn of the 20th Century, that arbitration was rejected in Venezuela on matters of public law by application of the “*Calvo Clause*,” and as a result of events of 1902 that gave rise in Venezuela to the “*Drago Doctrine*.”<sup>100</sup> In effect, ten years after the 1893 constitutional reform, a hostile action took place in 1902, with the military blockade of the Venezuelan ports by forces of Germany, Great Britain and Italy made seeking for the compulsory collection of public debts giving rise to the application in Venezuela of the “*Drago Doctrine*.”<sup>101</sup> In any case, all such clauses have remained up to date in the Constitution, although the second one was transformed in 1947 and since 1961, from an absolute jurisdictional sovereign immunity into a relative sovereign immunity for jurisdiction clause.

After all the experiences occurred at the turn of the 20th century, since 1961 and due to the reestablishment in the Constitution (Article 127) of the principle of relative sovereign immunity of jurisdiction, based on a similar provision contained in Article 108 of the 1947 Constitution, the insertion of binding arbitration clauses in public contracts became a generally accepted practice, recognized as valid.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> The Drago Doctrine was conceived in 1902 by the then Argentinean Minister of Foreign Relations, Luis María Drago, who –in response to threats of military force made by Germany, Great Britain and Italy against Venezuela– formulated his thesis condemning the compulsory collection of public debts by the States. See generally Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*, Madrid 1927.

<sup>101</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol. I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.

<sup>102</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265. The possibility for arbitration clauses to be incorporated in public contracts was first examined in Venezuela in 1960 even before the 1961 Constitution was enacted. See Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” in *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22. See also Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” in Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan

3. *The general acceptance of arbitration on matters of private law*

On the other hand, on matters of private law, after arbitration was initially established as a constitutional right in the 1830 Constitution (Art. 140),<sup>103</sup> and was authorized as binding in the 19th Century in the civil procedure regulations as a means of alternative dispute resolution, at the beginning of the 20th century, in the 1916 Civil Procedure Code, arbitration was established only as a non-binding method of dispute resolution, that is, without making the arbitration agreement mandatory (Articles 502-522). It was in 1986, with the amendments of the Civil Procedure Code, that the parties were allowed to make a binding agreement to submit controversies to arbitral tribunals, and to exclude the jurisdiction of ordinary courts (Articles 608-629).<sup>104</sup>

---

R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés públicos,” in Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

<sup>103</sup> See J. Eloy Anzola. “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” in *Spanish Arbitration Review, Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, p. 62.

<sup>104</sup> On the importance and impact of the 1986 Civil Procedure Code reform on matters of arbitration, see Víctor Hugo Guerra Hernández. “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” in Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p.408.

In addition, special statutes allowed for arbitration in areas related to copyright, insurance, consumer protection, labor, and agrarian reform.<sup>105</sup>

In addition, Venezuela ratified the 1979 Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards,<sup>106</sup> the 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration,<sup>107</sup> and the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).<sup>108</sup> This was followed in 1995, by the ratification of the ICSID Convention,<sup>109</sup> as well as by the signing of all the Bilateral Treaties on promotion and protection of investments (BITs) that were signed during the 90's providing for international arbitration. Finally, in 1998, Venezuela adopted the Commercial Arbitration Law,<sup>110</sup> which is based on the Model Law on International Commercial Arbitration of UNCITRAL.<sup>111</sup>

On the other hand, and specifically on matters of foreign investments, and according to the regime existing at the time, the Executive Decree 2.095 of February 13, 1992 containing the Regulation on the "Common Regime on the Treatment of Foreign Capitals and on

---

<sup>105</sup> See the laws listed, including the Copyright Law (1993), Insurance Companies Law (1994), Consumer Protection Law (1995), Organic Labor Law (1990), in Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, op. cit., pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. "Evolución del arbitraje comercial interno e internacional," *loc. cit.*, pp. 44-46); and in 2008 Decision N° 1.541, pp. 12-13.

<sup>106</sup> *Official Gazette* N° 33.144 of January 15, 1985.

<sup>107</sup> *Official Gazette* N° 33.170 of February 22, 1985.

<sup>108</sup> *Official Gazette* N° 4832 Extra of December 29, 1994. For an account of international instruments relevant to Venezuela's recognition of international arbitration, see Decision N° 1541 of 2008, pp. 13-14.

<sup>109</sup> *Official Gazette* N° 35.685 of April 3, 1995.

<sup>110</sup> *Official Gazette* N° 36.430 of April 7, 1998.

<sup>111</sup> See generally Arístides Rengel Romberg, "El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)," *loc. cit.*, pp. 47 ff.

Trademarks, patents, Licenses and Royalties, approved in Decisions Nos. 291 and 292 of the Commission of the Cartagena Agreement,” established in a general way that “the solution of controversies or conflicts derived from direct foreign investments or sub-regional investors or from the transfer of foreign technology, the jurisdictional or conciliation and arbitration mechanisms established in the law can be used.”<sup>112</sup> Consequently, it was a generalized practice to provide for arbitration for the possible solution of investments disputes.

4. *The general acceptance of arbitration on matters of public contracts and the sense of the provisions of Article 4 of the Commercial Arbitration Law and of Article 151 of the Constitution*

Specifically regarding the extensive use of the mechanisms of arbitration according to the relative jurisdictional immunity clause in public contracts, due to the constitutional provision in the 1961 Constitution that was highlighted by Morles,<sup>113</sup> as pointed out by the ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* case, shows that in 1993 “the environment in Venezuela had become more favorable to international arbitration” (ICSID *Mobil* case, ¶130; ICSID *Cemex* case, ¶ 125) in the sense that “the traditional hostility towards international arbitration had receded in the 1990's in favor of a more positive attitude” (ICSID *Mobil* case, ¶ 131). Nonetheless, the ICSID Tribunal in the *Mobil* case added, in an incomprehensible way, that: “However, Venezuela remained reluctant *vis-à-vis* contractual arbitration in the public sphere, as demonstrated by [Article 4 of] the 1998 Arbitration Law and Article 151 of the 1999 Constitution” (Emphasis added) (ICSID *Mobil* case, ¶¶131; 127, 128). The same was asserted in the *Cemex* case (ICSID *Cemex* case, ¶125). These Tribunals have not really understood the content of both provisions from which no “reluctant” attitude towards arbitration can be drawn.

---

<sup>112</sup> *Official Gazette* N° 34.930 of March 25, 1992.

<sup>113</sup> See Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” *loc. cit.*, p. 1717.

Article 4 of the Commercial Arbitration Law<sup>114</sup> is an elemental administrative procedural provision, providing the following:

*Article 4.* When in an arbitral agreement one of the parties is a company in which the republic, the States, the Municipalities or the Public Corporations have a participation equal or higher than the 50% of the capital, or a company in which the legal persons aforementioned have a participation equal or higher than the 50% of the capital, for the validity of the contract the approval of the members of the Board of Directors of the company and the authorization of the Minister of control will be required. The arbitration agreement must specify the sort of arbitration and the number of arbiters, which in no case can be less than three.<sup>115</sup>

The provision imposes only that arbitration agreement can be entered into by decentralized entities in the public sector, according to their by-laws, and that for their validity the approval of the Board of Directors of the contracting entity must be given, as well as the authorization by the Ministry in charge of controlling the specific decentralized entity (*Ministro de tutela*).<sup>116</sup> This provision therefore

---

<sup>114</sup> See in *Official Gazette* N° 36.430 of April 7, 1998.

<sup>115</sup> Spanish version: Artículo 4. Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).

<sup>116</sup> The “Ministerio de tutela” expression used in article 4 of the Commercial Arbitration Law cannot be translated, as made by the ICSID Tribunal in the decision in the Mobil case, as “Ministry of Legal Protection (ICSID Mobil case, ¶128). In that Article of the Commercial Arbitration Law, the expression *Ministerio de tutela*, following the well established sense of the administrative law French expression “*contrôle de tutelle*” in order to differentiate it from the “hierarchical control,” refers to the Ministry of the National Executive to which a decentralized entity is assigned or attached. In Venezuela, all public enterprises or public corporations must be assigned or



only establishes administrative procedural requirements.<sup>117</sup> It is therefore incomprehensible to find from such provisions a “reluctant attitude” of Venezuela towards arbitration or that such provision establishes that the country “remained reluctant” towards contractual arbitration (ICSID *Mobil* case, ¶¶129, 131; ICSID *Cemex* case, ¶125).

More incomprehensible is the reference in the ICSID *Mobil* decision (ICSID *Mobil* case, ¶¶131; 127, 128) to Article 151 of the Constitution in order to prove the “reluctance” of Venezuela towards contractual arbitration. Such provision establishes, as it is generally admitted in international law, on the one hand, the principle of relative immunity for jurisdiction on matters of public contracts; and on the other hand, the principle that foreign States cannot initiate diplomatic claims against the Venezuelan State as a consequence of public contracts entered with foreign corporations (“*Calvo* clause”).<sup>118</sup> Therefore, there is nothing extraordinary or unusual.

On the other hand, and as aforementioned explained, those two provisions (article 4, Commercial Arbitration Law; Article 151, Constitution) are precisely among those that are an essential and important manifestations of the pro-arbitration trend of the Venezuelan *legal system*. Consequently, and contrary to the erroneous comment contained in the ICSID Tribunal decisions in the *Mobile* and *Cemex* cases, from the general evolution in favor of arbitration, it is perfectly

---

attached to a Ministry, which is called *Ministerio de tutela* or *Ministerio de adscripción*. See for instance the expression as has been used in the Organic Law of Public Administration, Articles 78, 97.5, and 120-122. Decree Law N° 6217 of July 15, 2008, in *Official Gazette* N° 5890 Extra. of July 31, 2008. See the comments in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 77-79.

<sup>117</sup> See on this Article, the comments in Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” *loc. cit.*, pp. 169-204.

<sup>118</sup> See on this Article, our proposal before the National Constituent Assembly, in Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

possible –using the same words of the decisions– (*Mobile ICSID* case, ¶138; *Cemex ICSID* case, ¶126) to draw “the conclusion that Venezuela, in adopting Article 22, intended to give in advance its consent to ICSID arbitration” particularly if the disclaimer included in the last part of the article giving the investor the right to unilateral chose to go to arbitration or to resort before the national courts, is not ignored. The inclusion of this last phrase of article 22 (“without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect”), which the ICSID tribunals in the *Mobile* and *Cemex* cases did not consider at all, was the one that precisely confirmed the intention of Venezuela to give its advance consent to ICSID arbitration in general. That was the way chosen by the drafters of the 1999 Investment Law enacted by the National Executive to confirm that the first part of the article was an expression of consent as an open offer, by giving the investor the option to go to arbitration or to resort to the national courts.

The fact is that the inclusion of the disclaimer in the provision, only meant to ratify that the State’s consent for international arbitration given in the first part of the Article, was given without excluding the possibility for the investor to resort to national courts, when not accepting the open offer made by the State. In other words, this disclaimer contained in the last part of the provision meant that despite the consent given by the Republic, as an open offer for international arbitration, the investor had the option to unilaterally accept the offer to submit the dispute to international arbitration, or to use, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation. This option established in the last part of the article could only have sense and meaning if the first part of the article was interpreted as a unilateral expression of consent, that acted as an open offer given by the State. This meant that the open offer of consent, was given by the State “*sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso*” (without prejudice to the possibility of using), as appropriate,<sup>119</sup> the contentious means

---

<sup>119</sup> The expression “as appropriate” was referred to the matters that in Venezuela could be submitted to arbitration, like the use of the power of taxation or the power of expropriation. See for instance, Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas 1997, p. 265. These are the same State powers that

contemplated by the Venezuelan legislation in effect,” leaving to the investor, as a right, the election to submit disputes arising under the Investment Law to international arbitration or to Venezuelan courts.

The sense of the disclaimer of last part of article 22, was the direct consequence of the language used, in the sense that it disclaimed, explained or clarified that the investor had always the possibility to resort to national courts, meaning that after the State had expressed its consent to international arbitration, the investor had the option of accepting the offer given by the State or to submit the dispute to national courts. Otherwise, if one considers that no consent for arbitration was given by the State in the first part of the article, then the disclaimer would have no sense, because according to the Venezuelan Constitution the possibility to resort to national courts is always possible.

This provision of the disclaimer based on the expression “without prejudice,” of course cannot be interpreted as having no meaning or purpose, for instance considering that it only applied when the investor had already proceeded to arbitration, or when international arbitration was already commenced. If it were for such purpose, the disclaimer of article 22 would have been superfluous, without any need to be expressed. On the contrary, the final part of article 22 had sense, only when considered as a provision giving the investor the right, as an absolute option, to unilaterally resort (or not) at his will, to international arbitration, once the State gave its consent in the first part of the article. That is, the right provided in the disclaimer could only possibly be granted, if the first part of the Article was a unilateral expression of consent that acted as an open offer, given by the State.

It is well known that the expression “*sin perjuicio de*” in the Spanish Grammar is known as a “*locución adverbial*” (adverbial expression or diction), mainly used in legal texts, equivalent to the expressions “*dejando a salvo*,” “*sin detrimento de*” or “*sin menoscabo de*” and used to specify that when a particular conduct is ordered in the specific legal provision, it does not mean that it excluded or affects other possible

---

cannot be subjected to transactions. See Allan R. Brewer-Carías, “Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias,” en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, Caracas, mayo-junio 1967, pp. 1-36.

conduct. That is, that the inclusion of a conduct in the norm, does not affect other possible conducts allowed in the legal order, expressed in the provision. In order to have sense and meaning, therefore, a conduct must be regulated expressly in the provision in order to clarify that it does not affect other conducts that can be also accomplished. This is the sense of a norm providing for a particular conduct “without prejudice to” the possibility of doing other thing, or not affecting the possibility of doing another thing.

It was precisely the sense of Article 22 of the 1999 Investment Law when providing for the State consent for international arbitration which was given without excluding the possibility for the investor to resort to national courts by not accepting the open offer made by the State. The adverbial expression allowing the investor to go to national courts had sense only if it had the choice to opt to go to international arbitration accepting the open offer expressed by the State in the provision, or to resort to national courts for the resolution of international investments disputes. In the case of article 22 of the Investment Law, if no open offer for arbitration was contained in the first part of the article, the disclaimer of the second part would have no sense, because national courts were and are always available for the resolution of disputes according to the Constitution, and there was no need to expressed it in the provision, except in order to emphasize that the consent given by the State for international arbitration do not prevented for the investor to opt to resort to national courts, at his will.

In any case, when interpreting a provision of a statute, the interpreter, including international arbitration tribunals, is obliged to analyze its whole text and its actual wording, and not only a part of the article; not being allowed to ignore another part of the article, and much less to arrive to an interpretative conclusion only based on the speculative point of view of the interpreter, including tribunals, on how it would have written the article if it would have been in the position of its drafter. And that exercise could not be admitted because it would be an invalid speculation due to the fact that in a “legal clinic or laboratory,” in a *ex post facto* way, it would be impossible to reconstruct the political environment surrounding the drafting of a Law, and much less, the one existing in a new government seeking for international investments as was the case in 1999 regarding the Investment Law of

that year. The judges' arguments and speculations on how would have been the better way to write or not to write an article of a law in 1999, in Venezuela, is not the correct way to resolve a dispute regarding the interpretation of a statute.

That is why, it is completely unacceptable for a tribunal to base its ruling by stating in a hypothetical way, as was the case of the ICSID tribunals in the *Mobile* and *Cemex* cases, on how “would have been easy for the drafters of Article 22 to express that intention clearly by using any of those well-known formula” (*Mobile ICSID* case, ¶139; *Cemex ICSID* case, ¶137). National courts and Arbitral tribunal decisions are not conceived as a means to give writing rules to the drafters of statutes on how to write or not to write them, but to interpret their provisions following the rules of interpretation, even if they are not written in the way the tribunal would have written them.

In any case, apart the writing lessons, the conclusions of the ICSID tribunals in the *Mobile* and *Cemex* cases, eventually were to say that from the wording of article 22 of the 1999 Investment Law the intention of the Government to express the State consent to submit investments disputes to international arbitration only subjected to the condition that a treaty or an agreement provide a framework or mechanisms for arbitration, “is not established” (*Mobile ICSID* case, ¶140; *Cemex ICSID* case, ¶138), and that they could not conclude specifically and only in such cases, “that Venezuela, in adopting the 1999 Investment Law, consented in advance [or “unilaterally”] to ICSID arbitration for all disputes covered by ICSID Convention” ruling therefore, that such article “does not provide basis for jurisdiction of the Tribunal in the present case” (*Mobile ICSID* case, ¶140; *Cemex ICSID* case, ¶ 138).

Nonetheless, as mentioned above, the ICSID Tribunal decision in the *Brandes* case, without any reasoning, arguments or motivation, proclaimed in a general and universal way, and not only for the “present case,” that “it is obvious that Article 22 of the Law on Promotion and protection of Investments does not contain the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction” (*Brandes ICSID* case, ¶ 118).

The difference between this decision in the *Brandes* if compared with the decisions in the *Mobile* and *Cemex* cases, at least from the point

of view of the general standard rules governing judicial decisions, as aforementioned, completely lacked of the reasons or motives on which it was based.

5. *The legal doctrine of the Attorney General's Office on acceptance of arbitration on matters of public contracts*

Since the 1970's, as was pointed out by Alfredo Morles,<sup>120</sup> in Venezuela, it was a generally accepted practice to include in public contracts the relative immunity clause.

Nonetheless, almost two decades later, the Office of the Attorney General of the Republic, as the constitutionally-appointed entity responsible for advising the National Executive on legal matters, intended to review the issue of jurisdictional sovereign immunity included in public external debt contracts (*contratos de empréstitos públicos*) entered into by the Republic.<sup>121</sup> In such regard, a formal Legal Opinion was given by the Attorney General's Office that same year, through Letter N° 4211 of December 19, 1996, directed to the Minister of Finance<sup>122</sup> reviewing the previous legal criteria expressed by the same Office in the 1970's regarding the “commercial” nature of the external public debt contracts, proposing that the Republic cease renouncing its entitlement to jurisdictional immunity in such contracts. This Opinion was unsuccessful in changing the legal principles that have been well-established since 1970's, and was, in any event, abandoned four months

---

<sup>120</sup> See Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” *loc. cit.*, p. 1717.

<sup>121</sup> In that regard, Jesús Petit Da Costa, the Attorney General of the Republic at the time, published in September 1996 an Op-Ed in a mayor News paper of Caracas, containing its “personal opinion” regarding the possibility of subjecting the Republic, not to the jurisdiction of arbitral tribunals generally, but only to the jurisdiction of “foreign tribunals.” In any case, the Article titled “Blindar con la Constitución” (*El Universal*, Caracas, September 14, 1996), had nothing to do with arbitration, and does not refer to international arbitration at all (“arbitration” is a word that is not even used in the Article), and only refers to “foreign tribunals” (tribunal extranjero) meaning courts of other foreign States.

<sup>122</sup> Letter N° 4211 of December 19, 1996 directed to Luis Raúl Matos Azocar, Ministry of Finance.

later, in April 1997. Nonetheless, the subject matter of the Opinion was only the matter of jurisdictional immunity in public debt contracts and not the availability or constitutionality of international arbitration.<sup>123</sup>

In effect, on April 21, 1997,<sup>124</sup> the Attorney General recognized the relevance of the relative jurisdictional sovereign immunity clause contained in Article 127 of the 1961 Constitution (equivalent to article 151 of the 1999 Constitution regarding to public contracts), and provided that the security of the Republic or its internal sovereignty is not compromised, admitting that ‘the submission to a foreign jurisdiction cannot signify a violation of Article 127 of the Constitution.’<sup>125</sup>

6. *The inclusion of arbitration clauses in public contracts since the 1990's with the knowledge and consent of the Attorney General's Office*

According to this legal doctrine, and even before the quickly defunct Opinion of 1996, the Attorney General's Office consistently gave its acceptance for the inclusion of arbitration clauses in many public statutes and public decisions.

---

<sup>123</sup> In addition, in the Opinion, the Attorney General, only ratified his personal assertion made in the Article published three months before, expressing the same concerns.

<sup>124</sup> See excerpt of the Opinion in Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” in *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, pp. 434-435; and Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” in *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. II, Caracas 2006, pp. 345.

<sup>125</sup> Id. This was later included even more expressly in the 2005 Law on the Financial Administration of the Public Sector, Article 104. See *Official Gazette* N° 37.978 of July 13, 2004.

First, in 1994, in the Decree Law N° 138 of April 20, 1994, which was another important statute on promotion of investments sanctioned by the Government, containing the Organic Law on Concessions of Public Works and National Public utilities,<sup>126</sup> issued by the President of the Republic with the legal consent of the General Attorney Office. This law includes an Article expressly establishing that “the National Executive and the concessionaire could agree that the doubts and controversies that may arise resulting from the interpretation and execution of the concession contract would be decided by an arbitral tribunal whose composition, competency, procedure and applicable law shall be determined by the parties” (Article 10).<sup>127</sup>

Second, in 1995, the Attorney General’s Office also accepted an international arbitration clause that was included in the Congressional Resolution (*Acuerdo*) establishing the Framework of Conditions for the “Association Agreements for the Exploration at Risk of New Areas and the Production of Hydrocarbons under the Shared-Profit Scheme” (“*Convenios de Asociación Para la Exploración a Riesgo de Nuevas Areas y la Producción de Hidrocarburos Bajo el Esquema de Ganancias Compartidas*”), dated July 4, 1995.<sup>128</sup>

This provision was challenged on the grounds of its supposed unconstitutionality before the Supreme Courts of Justice through a popular action brought, among others, by Ali Rodríguez Araque then member of Congress, and appointed 1999 as Minister of Energy and Mines. Rodríguez Araque opposed, together with the other co-claimants, the inclusion of the arbitration clause in the Congressional Resolution and in the Association Agreements.

---

<sup>126</sup> See *Official Gazette* N° 4719 Extra. of April 26, 1994.

<sup>127</sup> See in Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” in *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 178. This means that Fraga considered in 1998 that “the admission of arbitration in administrative field is an irreversibly tendency,” *Id.* p. 177.

<sup>128</sup> *Official Gazette* N° 35.754 of July 17, 1995.



Based on these antecedents, and knowing Mr. Rodríguez personally, I assume that in 1999, acting as the Minister of Energy and Mines, he must have opposed to the inclusion of Article 22 of the Investment Law because providing it provided the State's consent to arbitration.

In August 1999, the Supreme Court of Justice dismissed the action filed by Rodríguez Araque and others, upholding the constitutionality of the Congressional Resolution authorizing the Framework of Conditions for the "Association Agreements for the Exploration at Risk of New Areas and the Production of Hydrocarbons under the Shared-Profit Scheme," holding that such authorization and, in particular, the inclusion of arbitration clauses in public law contracts, were valid under Article 127 of the 1961 Constitution in force at the time (equivalent to Article 151 of the 1999 Constitution).<sup>129</sup> This decision of the Supreme Court of Justice, since then, has been considered as the leading judicial

---

<sup>129</sup> See decision in Allan R. Brewer-Carías (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 available at <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%20I,%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf>, pp. 280-328. I acted as counsel to PDVSA in that judicial proceeding, defending the constitutionality of that Acuerdo, and in particular, the constitutionality of the arbitration clause included in the Association Agreements. The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has confirmed the ruling made under the 1961 Constitution, holding that Article 151 of the 1999 Constitution allows the incorporation of arbitration provisions in contracts of public interest. See 2008 Decision N° 1.541, pp. 23-24) and Decision N° 97 of February 11, 2009 (Interpretation of Articles 1 and 151 of the Constitution. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). See the comments on the August 1999 upholding the Congress Resolution approving the Framework of the Association Agreement I made when rejecting the constitutional proposal of President Chávez regarding Article 151 of the Constitution, in Allan R. Brewer-Carías, "Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público," in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229.

precedent on the matter of arbitration in public contracts and on the sense of the relative sovereign immunity of jurisdiction clause in the country.<sup>130</sup>

During the same time period, Article 4 was included in the Commercial Arbitration Law of 1998, expressly admitting, as previously mentioned, the inclusion of arbitral clauses in public contracts, upon approval by the competent organ according to the by-laws of the entity and written authorization by the Ministry in charge of controlling the activities of the specific decentralized entity. The provision is no more than the express ratification and express acceptance by Congress of the possibility to include arbitration clauses in public contracts.<sup>131</sup> It does not deal with the competence of public entities to include arbitration clauses in public contracts, which is accepted, being only an administrative procedural provision establishing one of the most elemental rules of management in Public Administration, which is control.

On the other hand, the availability of arbitration as a remedy was recognized in a number of subsequent judicial decisions, a number of which were issued before the 1999 Investment Law was enacted.<sup>132</sup> For example, in January 15, 1998, the Supreme Court of Justice in Politico Administrative Chamber issued another decision (*Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa* case), in which an arbitration clause was recognized in public

---

<sup>130</sup> See Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 349-357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” *loc. cit.*, pp. 438-39.

<sup>131</sup> See Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” in *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 169-204.

<sup>132</sup> See the cases quoted in Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 333-335, 349 and in José G. Villafranca, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998),” in *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

contracts, although because the military object of the contract in the specific case, in a restrictive way regarding the “technical aspects” of the contract excluding matters of matters of national security and defense.<sup>133</sup>

In any case, what is important to highlight is that the general situation during the decades (and not only years) prior to 1999, shows a clear tendency of surpassing the historic “reticence” that could have existed regarding arbitration clauses and State jurisdictional immunity in public law contracts before the 1961 Constitution was enacted and before the Civil Procedure Code was reformed in 1986. This reticence was supplanted by a general acceptance of the possibility for public entities to include in public contracts arbitral clauses, as was expressly ratified in the 1998 Commercial Arbitration Law. At that time, the official doctrine of the Attorney General’s Office, the general constitutional, administrative and international law legal doctrine, and the jurisprudence of the Supreme Court of Justice were clearly in favor of these principles.

## V. PRINCIPLES OF INTERPRETATION OF ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW AS A STATE’S UNILATERAL OPEN OFFER OF CONSENT FOR INTERNATIONAL ARBITRATION

### 1. *The inclusion of international and national arbitration provisions in the 1999 Investment law*

As aforementioned, regarding the content of Article 22 of the 1999 Investment Law, the reference it contained regarding ICSID international arbitration was not a mere declaration of principles, or a mere reference in a national law to ICSID international arbitration Center as suggested by some commentators<sup>134</sup> and by the Supreme

---

<sup>133</sup> See excerpt quoted in Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, pp. 349-350.

<sup>134</sup> See Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 129, 139

Tribunal of Justice Decision N° 1541 of 2008<sup>135</sup> (p. 49). Nor was Article 22 of the Investment Law intended just to acknowledge the possibility of dispute resolution by means of arbitration. On the contrary, Article 22 of the Investment Law amounted to the binding consent of Venezuela to arbitral jurisdiction. On the other hand, arbitration as a means for dispute resolution was included in many other statutes adopted by the Government at the same time, and there are other references to the availability of arbitration in the same 1999 Investment law.

In effect, beside Article 22, arbitration was also provided in Article 18.4 of the Law regarding the contracts for legal stabilization. Following the 1998 Commercial Arbitration Law regulations, the State and an international investor could establish arbitration, in a bilateral act –the contract for legal stabilization– as the means to resolve contractual controversies.<sup>136</sup>

Arbitration was also provided for in Article 21 of the Investment Law regarding the solution of controversies relating to the Investment Law that could arise between the Venezuelan State and the country of origin of the international investor.<sup>137</sup> In these cases, when the diplomatic means fail, the Law imposed the obligation on the State to

---

<sup>135</sup> Other commentators have expressed the same criticism of this decision. See, e.g., Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, p. 156.

<sup>136</sup> Article 18.4 of the 1999 Investment Law provided that: “Any disputes that arise between the companies of investors which signed the legal stabilization contract and the Venezuelan State, concerning the interpretation and application of the respective contract may be submitted to institutional arbitration pursuant to the Law on Commercial Arbitration.”

<sup>137</sup> Article 21 of the 1999 Investment Law stated that: “Any dispute that arises between the Venezuelan State and the country of origin of the International investor with which no treaty or agreement on investments is in effect, concerning the interpretation and application of the provisions of this Decree Law shall be resolved through diplomatic channels. In no agreement is reached within twelve months following the date on which the dispute began, the Venezuelan State shall recommend that the dispute be placed before an Arbitral Tribunal, whose composition, mechanism for the appointment thereof, procedure and expense regime shall be agreed upon with the other State. The decisions of this Arbitral Tribunal shall be final and binding.”

seek for the submission of the dispute to an Arbitral Tribunal whose composition, mechanism of designation, procedure and cost regime had to be negotiated in a bilateral act with the other State. In these two first cases (Articles 18.4 and 21), in order to proceed to arbitration, the Law was clear in providing for the need of a separate bilateral act to be negotiated between the parties.

On the contrary, in other two provisions of the same 1999 Investment Law which provided for arbitration, Articles 22 and 23, the State had given in advance its consent for arbitration, as an open offer in the same way as it is provided in almost all BITs, using similar wording that the dispute “shall be submitted” to international arbitration. Both the Investment Law and BITs provided that investors, at their will, could unilaterally choose to go to arbitration or to resort to the national courts.<sup>138</sup> In the case of Article 22, as aforementioned, the State expressed in advance, as an open offer, its consent to go to international arbitration subject to the only condition that the treaties or agreements provide mechanisms or a framework for international arbitration.

This interpretation of Article 22 of the Investment Law as containing a unilateral written expression of consent of the Republic of Venezuela to submit disputes with international investors to the jurisdiction of ICSID arbitration was shared by the majority of the

---

<sup>138</sup> See in this regard, Tatiana B. de Maekelt, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación,” in Irene Valera (Coord.), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 340-341.

Venezuelan legal commentators<sup>139</sup> as well as many foreign authors.<sup>140</sup> For example, one commentator stated in 2007 that the Investment Law leaves “no doubt at all on the viability of arbitration to resolve controversies between States and foreign investors .... [because it] establishes in a very clear way that the investor, in case of controversy, has the possibility to opt between resort to the ordinary judicial mean or to ICSID, provided that (i) Venezuela and the country from which the investors is a national have signed a treaty on promotion and protection of investments, or (ii) the provisions of the Constitutive Convention of MIGA or of ICSID Convention are applicable, in which case –in our opinion– the country of nationality of the investor must also have signed and ratified at least one of such Conventions.”<sup>141</sup>

The contrary opinion in the sense that Article 22 of the Investment Law did not constitute a standing, general consent of the Republic to

---

<sup>139</sup> See for instance Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 388; Eugenio Hernández Bretón, “Protección de inversiones en Venezuela” in *Revista DeCITA, Derecho del Comercio Internacional, Temas de Actualidad, (Inversiones Extranjeras)*, N° 3, Zavalía, 2005, pp. 283-284; José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Caracas 2007, pp. 214-215; José Gregorio Torrealba R, *Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en Venezuela*, Funeda, Caracas 2008, pp. 56-58, 125-127; Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” pp. 90, 101, 109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., pp. 162, 171, 173, 177, 193.

<sup>140</sup> See for instance Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002; Guillaume Lemenez de Kerdelleau, “State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law” in *TDM*, Vol. 4, Issue 3, June 2007.

<sup>141</sup> See Juan C. Bracho Ghersi, “Algunos Aspectos fundamentales del Arbitraje Internacional,” in *Cuestiones actuales del Derecho de la empresa en Venezuela*, Grau, García, Hernández, Mónaco, Caracas 2007, pp. 18.

arbitrate all investments disputes before ICSID” was shared only by a few authors,<sup>142</sup> which considered in general, that since the ICSID Convention supposedly did not provide for a consent to ICSID arbitration, a separate instrument of consent was required as a condition in Article 22. This was of course a misrepresentation of the wording of Article 22, because the condition established in it only referred to the need for mechanisms of arbitration to be provided in the treaties or agreements, not for a separate consent as was required for instance in Article 21 of the same 1999 Investment Law. To adopt this interpretation would amount to accepting, in an inadmissible tautological way, that the right given to the investor to opt between going to arbitration or before the national court, did not actually allow the investor to choose between those options, which would make the disclaimer of the last phrase of Article 22 completely meaningless.<sup>143</sup>

These opinions failed to analyze the content of Article 22 as a whole, in the general context of the 1999 Law, particularly the last part of the provision, which as aforementioned was generally ignored, and not even mentioned or analyzed in the referred ICSID *Mobil*, *Cemex* and *Brandes* cases. They fail to acknowledge that the provision gave the investor the right, as an absolute option, to unilaterally resort (or not) at his will, to international arbitration. This was a right that could only possibly be granted if the first part of the Article is a unilateral expression of consent that acted as an open offer, given by the State. This means that when the words of Article 22 (including those used in the last phrase of Article 22: “without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in

---

<sup>142</sup> See for instance, Omar E. García-Bolívar, *El arbitraje en el marco de la ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones*, in *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, N° 26, Caracas 2008, pp. 313 ff. More recently, see Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 123 ff.

<sup>143</sup> See Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., p. 190; Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” *loc. cit.*, pp. 107. See also Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” *loc. cit.*, pp. 141-168.

effect”) are contrasted with those of Article 23 of the same Law,<sup>144</sup> the wording of Article 22 is stronger than Article 23, which contained a unilateral consent to arbitration on the part of the Republic. Article 22 and also Article 23, both gave investors the option to submit disputes arising under the Investment Law to arbitration. In the case of Article 22, to international arbitration or to Venezuelan courts; and in the case of Article 23, to Venezuelan courts or Venezuelan arbitral tribunals. In both cases, the decision was made *at the election of the investors*.

That is, Article 23 contained an arbitration clause or a unilateral consent to arbitration on the part of the Republic by giving investors the option to submit disputes under the investment Law to Venezuelan courts or Venezuelan arbitral tribunals; and also, Article 22 provided the same option, but between international arbitration and national courts, not being correct to ignore the choice offered in that provision. In a similar way, regarding clauses for arbitration in BIT’s executed by Venezuela, which define the scope of the dispute to be resolved, giving the foreign investor the option to initiate arbitration before ICSID or in another forum, leaving no doubt that Venezuela is consenting to arbitration of that dispute before ICSID; also Article 22 of the Investment Law was an express consent to arbitration given by the State, leaving also to the international investor the option to initiate arbitration before ICSID or in Venezuelan courts, leaving no doubt that Venezuela was consenting to arbitration of that dispute before ICSID.

This is what was precisely decided in the *Mobil* and *Cemex* cases, in which the Tribunals determined without doubt, that Article 22 contained a unilateral declaration of the State establishing an obligation to go to arbitration, although subjected to a condition. Consequently, Article 22 of the Investment Law was considered in both ICSID tribunals’ decisions as a unilateral expression of consent given by the Venezuelan State to submit disputes to international arbitration, although subjected to a condition. This also is true of the *Brandes* decision. The reason why these Tribunals nevertheless determined that

---

<sup>144</sup> Article 23 of the Investment Law states: “Any dispute arising in connection with the application of this decree Law, once the administrative remedies have been exhausted, may be submitted by the investor to the National Courts or Arbitral Tribunals of Venezuela, at the election of the investor.”



this did not provide consent for the international investor to resort to ICSID arbitration was only based in the lack of evidence regarding the intent of the State when enacting the Law and assuming the obligation, but not in the fact that the obligation to go to arbitration (although conditional) was not established in article 22.

The sanctioning of the Investment Law by the Government in 1999 had the clear intention to serve as an instrument for the development and promotion of private (foreign and domestic) investment in Venezuela, in accordance with the mandate included in parallel in article 258 of the 1999 Constitution to promote alternative mechanisms for dispute resolution. For such purpose, Article 22 of the Investment Law offered assurance that the resolution of investment disputes by arbitration was a means for their promotion, leaving the option for the investor to go to international arbitration or to resort to the national courts. That is why the National Council for the Promotion of Investment (CONAPRI), a mixed public-private association for the promotion of private investment in the country, incorporated by the Attorney General of the Republic in 1990,<sup>145</sup> in its March 2000 *Report* on the “Legal Regime of the Foreign Investments in Venezuela” devoted an entire Chapter to examine the various types of arbitration established in the legal system, that were offered to investors for the resolution of investment disputes, repeating the same terms and words used in the Law.<sup>146</sup>

In this context, the *Mobil* and *Cemex* ICSID Tribunals, after accepting that article 22 of the 1999 Investment Law contained a conditional obligation for the State to go to arbitration, ruled on whether the article provided consent *in particular regarding those cases*, based on matters of evidence regarding the intention of the State when issuing the statute, but not as a universal ruling applicable to all circumstances. Consequently, it is not accurate to say that the ICSID Tribunal decisions in the cases *Mobil* and *Cemex* supposedly had found, in general, that Article 22 of the Investment Law does *not* provide a basis for ICSID jurisdiction.

---

<sup>145</sup> Decree N° 1102 published in *Official Gazette* N° 34.549 of 1990.

<sup>146</sup> See Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), *Régimen Legal para la Inversión Extranjera en Venezuela*, Caracas marzo 2000, pp. 29-36.

This is simply not true because the conclusion of the Tribunals was that Article 22 “does not provide basis for jurisdiction of the Tribunal *in the present case*”.

That is, in these two ICSID cases, the Tribunals did not find, in general, that Article 22 did *not* provide a basis for ICSID jurisdiction; but only that Article 22 “does not provide basis for jurisdiction of the Tribunal *in the present case*.”

Nonetheless, as mentioned, the ICSID tribunal decision in the *Brandes* case, without any reasoning, arguments or motivation, and without explaining any “findings in the paragraphs” of its decision, it not only copied and ratified the aforementioned conclusion of the ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, but went further, proclaiming in a general and universal way, and not only for the “present case,” that “it is obvious that Article 22 of the Law on Promotion and Protection of Investments does not contain the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction” (ICSID *Brandes* case, ¶ 118).

In summary, after having studied the matter in detail and from the stand point of Venezuelan public law, and after having read the ICSID tribunals’ decisions interpreting Article 22 of the Investment Law (*i.e.*, the *Mobil*, *Cemex*, *Brandes* cases) as a provision establishing an obligation for the State (although conditional) to go to arbitration, I remain convinced and ratify my prior opinion that from the stand point of national Venezuelan law, Article 22 of the Investment Law contained an expression of consent of the State given as an open offer to submit investment disputes to international arbitration, and in particular to ICSID arbitration, leaving in the hands of the international investor the right to unilaterally decide to go to arbitration or to resort to the national courts.

2. *Article 22 of the 1999 Investment Law was a Unilateral Declaration of the State according to the Principles of Statutory Interpretation in Venezuelan Law*

In effect, Article 22 of the 1999 Investment Law, as was evident from its wording, and as was admitted by the ICSID tribunal in the *Mobil* case (ICSID *Mobil* case, ¶103), was a “compound” provision that contained a number of parts: the first one, concerning bilateral or

multilateral treaties or agreements on the promotion and protection of investments; the second one, dealing with the MIGA Convention; and the third one, dealing with the ICSID Convention.<sup>147</sup> Because Article 22 addressed *three different* sets of treaties or agreements, providing for all of them at the same time, it needed to be interpreted in the same way as other legal provisions, being consequently hardly surprising, that it did not followed any particular model or pattern of other national legislations that address only consent to ICSID jurisdiction.

On the other hand, it makes no sense to draw inferences from a comparison between Article 22 and expressions of consent to arbitration in bilateral investment treaties executed by Venezuela or even in contracts. Article 22 of the 1999 Investment Law was not a bilateral treaty nor was it the product of a negotiation with another State. Bilateral contracts, constructed by two parties, are the product of an interchange of proposals that are negotiated between them.

No doubt we have to suppose that the public officials of the Republic knew how to draft an obligatory consent to international arbitration when that was their intention, but there is also no doubt that for such purpose they chose to use the language contained in the Investment Law different to any model. That choice does not mean there was no consent. Article 22 of the Investment Law was a piece of national legislation, unique because it was the first time in Venezuelan recent legislative history that the State, in an internal law, discussed unilateral consent to international arbitration. Definitively, in that perspective, the Republic had no previous experience in drafting this type of statute.

That is why Article 22 of the 1999 Investment Law, as a principle, could be interpreted by just comparing its content with any sort of bilateral established and negotiated clauses for arbitration included in BITs or in “model clauses” that were to be negotiated by two Contracting States as “consent clauses.” Article 22 needed to be interpreted not by reference to any pattern or model, but in accordance

---

<sup>147</sup> See on the various alternatives of application of Article 22 of the Investment Law, Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” pp. 92-94; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., pp. 166-170.

with its own structure and terms, taking into account its compound nature. Nonetheless, because the aims expressed in Article 1 of the Investment Law as affirmed in the *ICSID Mobil* and *Cemex* cases were “in general comparable to those of the treaties on promotion and reciprocal protection of investments and are reflected in the text of the law itself” which contains provisions “which are comparable to those incorporated in BITs” (as expressed in the *ICSID Mobil* case, ¶¶ 121, 122; and in the *ICSID Cemex* case, ¶ 119), the unilateral open offer of consent by the State to arbitration contained in both BITs and the Investment Law were of paramount importance. Although the *Mobil* case failed to mention this feature of the Investment Law, Article 22 unquestionably represented such an expression which leaved to the international investors the option to accept or reject the State’s offer.<sup>148</sup>

### 3. *The rules of interpretation of statutes under Venezuelan Law*

The interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law as an instrument of national law that purported to express consent to international arbitration by reference to international treaties and agreements, including ICSID Convention, due to its international effects could be considered as properly governed by principles of international law, although the provision could also be interpreted from the standpoint of Venezuelan Law, which is also relevant due to the fact that it was a national statute. In this regard, the Tribunal in the *ICSID Mobil* case interpreted Article 22 on the basis of the “rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of a treaty” (*ICSID Mobil* case, ¶ 95), although considering that the national law should not “be completely

---

<sup>148</sup> As it is pointed out by Tatiana B. de Maekelt, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación,” *loc. cit.*, pp. 340-344; Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, *loc. cit.*, p. 357; José Gregorio Torrealba, *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela*, *op. cit.*, pp. 128-129.

ignored” being called to “play a useful role” regarding “the intention of the State having formulated such acts” (ICSID *Mobil* case, ¶ 96).<sup>149</sup>

In Venezuela, the main rules on statutory interpretation are set forth in Article 4 of the Civil Code. This article, as aforementioned provides that the interpreter must attribute to the law “the sense that appears evident from the *proper meaning of the words*, according to *their connection* among themselves and the *intention of the Legislator*.” The article goes on to state that, “when there is no precise provision of the Law, the provisions regulating similar cases or analogous matters shall be taken into account; and should doubts persist, general principles of law shall be applied.”

In Decision N° 895 of July 30, 2008, the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice referred to four relevant elements to be taken into account in the interpretation of legal provisions.<sup>150</sup> The first element is the *literal, grammatical or philological* one, which must always be the starting point of any interpretation. The second element of interpretation is the *logical, rational or reasonable* one, which aims at determining the *raison d’être* of the provision within the legal order. The third element is the *historical* one, through which a legal provision is to be analyzed in the context of the factual and legal situation at the time it was adopted or amended and in light of its historical evolution. The fourth element is the *systematic* one, which requires the interpreter to analyze the provision as an integral part of the relevant system.

The Politico-Administrative Chamber noted that interpretation of statutes is not a matter of choosing among the four elements, but of applying them together, even if not all of the elements are of equal importance. Nonetheless although the ICSID tribunal in the *Brandes* case said to having interpreted Article 22 of the Investment Law “according to the parameters set by the Republic’s legal system” (ICSID *Brandes* case, ¶36), in fact followed a different approach, applying what it referred to as an “initial analysis” of the elements mentioned in Article

<sup>149</sup> See also ICSID *Cemex* case (ICSID *Mobil* case, ¶¶88, 89) and ICSID *Brandes* case (ICSID, *Brandes* case, ¶36).

<sup>150</sup> See in *Revista de Derecho Público*, N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 468 ff.

4 of the Civil Code: first the “purely grammatical analysis” and “if this initial analysis fails to define clearly the meaning of the provision, it then becomes necessary to examine the contents...” (ICSID *Brandes* case, ¶35). This approach is not in accordance with the principles of statutory interpretation that must be always applied together. In this sense, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in a recent decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*), has ruled regarding the elements for interpretation derived from Article 4 of the Civil Code, that “the normative elements must be harmonized as a whole, in the sense that it one must not ignore the other, but all must be kept in mind in order to make a correct valuation of the content of the legal text.<sup>151</sup>”

In addition, it must be mentioned that the Supreme Tribunal of Justice in Decision N° 895 of 2008, has identified two other elements of interpretation: the teleological one –that is, the need to identify and understand the social goals or aims that led to the law being adopted– and the sociological one, which helps to understand the provision within the context of the social, economic, political and cultural reality where the text is going to be applied.<sup>152</sup>

From the standpoint of Venezuelan law, only the principles that govern the *interpretation of statutes* may have some bearing on the interpretation of Article 22, not being proper to interpret the provision following the rules established for contractual clauses (*cláusula compromisoria*) providing arbitration but seeking to exclude in an absolute way the possibility to resort to national courts.<sup>153</sup> There is a

<sup>151</sup> See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>, pp. 39 of 60.

<sup>152</sup> See in *Revista de Derecho Público*, N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 468 ff.

<sup>153</sup> This refers, specifically, to the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, decisions imposing the need for arbitral clauses that pretend to exclude completely the possible resort to national courts, to be clear and unequivocal. See Decision N° 1209 of June 20, 2001 (Case: *Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A.*) at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01209-200601-0775.htm>; Decision N° 00098 of January 29, 2002 (Case: *Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. v. Venezolana de*

basic conceptual distinction between Venezuelan principles of statutory interpretation and alleged specific requirements for the efficacy of a contractual agreement to arbitrate under the domestic legal order. The latter had no application in a case of article 22 of the Investment Law, where the matter at stake was whether the State's expression of consent embodied in a statute met the requirements of an international treaty (the ICSID Convention) to set in motion the jurisdiction of international tribunals operating under that treaty.<sup>154</sup>

In the *Cemex* case, the ICSID Tribunal noted that in all of the BITs concluded by Venezuela before 1999, a “compulsory arbitration clause” was always incorporated (ICSID *Cemex* case, ¶ 120), but failed to compare such solution with the one included in Article 22 of the 1999 Investment Law. More importantly, both the Investment Law and BITs

---

Relojería, S.A. (Venrelosa) y Henrique Pfeffer C.A) at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00098-290102-1255.htm>; Decision N° 00476 of March 25, 2003 (Case: Consorcio Barr, S.A v. Four Seasons Caracas, C.A.) at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>; Decision N° 00038 of January 28, 2004 (Case: Banco Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universal) at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00038-280103-2003-1296.htm>.

<sup>154</sup> As Hung Vaillant states that, according to the pro-arbitration principle in Article 258 of the Constitution, “[...] se debe tratar de sostener la validez en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admission no conduzca a una violación de normas de orden público ni atente contra las buenas costumbres. En resumen, en caso de duda, se deberá pronunciar a favor de la existencia del Arbitraje. [...]” (“[...] one should try to sustain its validity [of Arbitration] in all those cases of doubt, as long as such admission does not lead to a violation of norms of public order or impairs good customs. In sum, in case of doubt, one should pronounce in favor of the existence of Arbitration. [...]”). Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas 2001, p. 66. Vaillant makes this statement in the context of discussing the general principles that govern arbitration under Venezuelan Law., pp. 63-69. In that section, Vaillant addresses those principles that should serve to “establecer la solución adecuada cada vez que existe una antinomia o una laguna legal; así como también en aquellos casos en los cuales es necesario interpretar un texto oscuro de una cláusula o de un pacto arbitral.” (“to provide for an adequate solution each time that there is an antinomy or a legal gap; as well as in those cases in which it is necessary to interpret an obscure text of an arbitration clause or of an arbitration agreement”). *Idem*. p. 63.

also provided for the right of the international investor to unilaterally accept the arbitration offer or to resort to the national courts in order to resolve investments disputes. This is valid in the terms of Article 4 of the Civil Code. Even if analogy is not applied between BITs and the Investment Law, contrary to what was asserted in the *Mobil* and *Cemex* ICSID case, it is perfectly possible –using the same words of such decisions (ICSID *Mobil* case, ¶ 123; ICSID *Cemex* case, ¶ 120)– to draw from the law as a whole the conclusion that Article 22 had to be interpreted as establishing consent by Venezuela to submit ICSID disputes to arbitration particularly if the disclaimer of the last part of Article 22 (“without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect”) was not ignored. Both decisions of the ICSID Tribunals, in an incomprehensible way ignored it, and therefore considered the disclaimer as meaningless. The fact that the *Mobil* and *Cemex* decisions did not consider this when interpreting Article 22, giving the last part of the provision a meaningful interpretation, rendered its text “meaningless,” which cannot be accepted under Venezuelan law.

On the other hand, the fact that another State or States in the world have written national laws containing the expression of consent in a way that was different to the way chosen by Venezuela in 1999, cannot demonstrate that the State in article 22 did not manifest its clear and unequivocal consent to arbitrate in the provision. The wording used in the Law in 1999 was in its text, and this cannot be replaced; so, there was no need to compare the way the State enacted its laws with the way used for instance in Albania, in the Central African Republic or in Côte d’Ivoire. The way legislation is made in other States cannot demonstrate anything regarding Venezuela’s drafting of its own statutes. Nonetheless, in order to interpret correctly a compound provision such as Article 22 of the 1999 Investment Law, what have to be used are the rules and tools established in the legal order of the relevant State here, Venezuela. And even if a comparison could be made between the 1999 Investment Law and the laws of other States, however, it was useful to do this with one law that was similar to the 1999 Investment Law, which was the Egyptian law, which was the object of an ICSID decision that found that Egyptian law as a national law in which consent to international arbitration exist.



Consequently, according to Venezuelan law, Article 22 had to be interpreted not by reference to any international pattern or model, but in accordance with its own structure and terms, taking into account its compound nature, and the purpose for its enactment. It needed also, as all statutes, to be interpreted in harmony or in conformity with the Constitution<sup>155</sup> and with the pro-arbitration trend existing in Venezuela in 1999, when it was enacted, which was extensively developed and promoted by the then new Government. Nonetheless, being an instrument of national law that expressed consent of the State to international arbitration, as mentioned, it needed also to be interpreted according to the applicable international conventions and to the rules of international law governing unilateral declarations of the State.

Consequently, if it is from the stand point of being a national law Article 22 of the Investment Law had to be interpreted following the rules of statutory interpretation and construction in Venezuelan Law, that is, according to Article 4 of the Civil Code, meaning that it had to be read in all its content, taking into account its context, purpose and intent.<sup>156</sup>

It was in that sense that it can be said that when interpreting article 22 of the Investment Law, the ICSID Tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, concluded that such provision established or contained an obligation for the State to go to arbitration (although subjected to a condition), or in their own words, a “conditional obligation to go to

---

<sup>155</sup> This is a general principle accepted in Venezuelan judicial review system. See José Peña Solís, “La interpretación conforme a la Constitución,” *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001. On the application of this principle regarding arbitration matters, see Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” *loc. cit.*, pp. 31; Andrés A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI,” *loc. cit.*, p. 390.

<sup>156</sup> The Tribunal in the ICSID *Mobil* considered that the interpretation of Article 22 according to the national statutory rules of interpretation “play a useful role” regarding “the intention of the State having formulated such acts” (ICSID *Mobil* case, ¶ 96).

arbitration” (ICSID *Mobil* case, ¶ 102),<sup>157</sup> which is equivalent to say that the provision is an expression of consent given by the State subjected to a condition. This obligation or consent was established in an unequivocal way in the sense that the provision clearly contained such obligation or consent.

The ICSID tribunals, nonetheless, considered that it was the condition established in the article, the one that was equivocal because supposedly allowed for two possible grammatical interpretations (ICSID *Mobil* case, ¶¶ 109, 111). Those were that the condition could be for the State to go to international arbitration if the treaties or agreements “provide for international arbitration” or that such treaties or agreements were to “provide for the submission to international arbitration.” This assertion, in any case, was a wrong grammatical proposition because the second interpretation would result in a tautology, equivalent to say that “I will go to international arbitration if the treaty obliged me to go to arbitration.” This option would render the provision meaningless. The correct and only valid interpretation of the condition, was the first option, equivalent to say, “I will go to arbitration if the treaty provides a framework for international arbitration.”

In any case, the consequence of the assertion made by the ICSID tribunals considering that the condition set forth in Article 22 allowed for two possible interpretations, lead the tribunals to try to established the “intent” of the State when sanctioning the Law (1999), concluding in those cases, and only in them, that *because of lack of evidence* it could not be deducted from article 22 the expression of consent to go to ICSID international arbitration.

#### 4. *The principle that Consent for Arbitration has to be Expressed in Writing*

Another matter that must be clarified regarding consent for arbitration in Venezuelan law is the matter of the “form” or condition that is required in order for the Republic to express consent for

---

<sup>157</sup> What is clear from the aforementioned is that the provision related to ICSID arbitration in Article 22, is not at all a mere reference in a law to ICSID, not a part of a list of options without any effect.

arbitration. In Venezuela, in this matter, the only applicable “dogma,” as explained by the Supreme Tribunal of Justice in its decision N° 1541 of 2008 is that the expression of consent must be in writing (pp. 31-34). No provision in any law requires that the writing consent must also be “clear,” “express” or “unequivocal” as suggested in other parts of the same decision (pp. 31-48).

In this sense, Venezuelan law is perfectly consistent with international principles, in the sense that an expression of consent for arbitration need only to be expressed in writing in order to comply with the Commercial Arbitration Law. This is what was definitively decided by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in a decision issued on November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*), affirming that in any judicial decision regarding the verification of “the validity, efficacy and applicability of the arbitral clause it must be limited to verify the written character of the arbitration agreement.”<sup>158</sup>

On the other hand, as aforementioned, Article 4 of the Civil Code, which establishes the rules for the interpretation of statutes, provides that in the absence of a precise provision of the Law, the provisions regulating similar cases or analogous matters shall be taken into account. Consequently, regarding the way consent for arbitration must be given, in the absence of a general and precise provision, the Venezuelan 1998 Commercial Arbitration Law, which is inspired by the UNCITRAL Model Law, must be applied. Like the ICSID Convention, that Law requires only that the consent or agreement to arbitration be evidenced “in writing.”<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> The Constitutional Chamber has established an obligatory interpretation in the sense of ruling that the judicial “verification of arbitral clauses must be limited to verify the written character of the arbitration agreement, excluding any analysis related to the consent devices that could derived from the written clause.” See decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*), at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>, pp. 35 of 60 and 38 of 60.

<sup>159</sup> Article 6 of the Commercial Arbitration Law: “The arbitration agreement must be evidenced in writing in any document or group of documents placing on record the will of the parties to submit them to arbitration. A reference in

As mentioned, in Venezuelan law there no legal principle is established in the sense that in addition to being in writing, consent for arbitration must be clear and unequivocal. That is, there is no legal provision in Venezuelan law requiring the consent for arbitration to be clear and unequivocal. Even in cases of commercial arbitration establishing arbitration clauses, following the pro-arbitration trend of the Venezuelan legal system, in case of doubt, one must find in favor of arbitration.<sup>160</sup> For example, as Francisco Hung, has argued that “in all those cases in which doubts can rise regarding the interpretation of the will to submit to arbitration in an arbitral clauses or agreements, those called to decide must prefer the application of the ‘*favor arbitri*’ principle, and declare the arbitral [tribunal] competent,” that is “in cases

---

a contract to a document containing an arbitration clause shall constitute an arbitration agreement, provided that said contract is evidenced in writing and the reference implies that said clause is a part of the contract. In adhesion contracts and standard-form contracts, the manifestation of the will to submit the contract to arbitration must be made in an express and independent manner.” In this regard, and according to this Law, as Alberto Baumeister has pointed out when analyzing the “form of the arbitral clause” that it is only required to be in writing in the contract or in any document assuring that the parties have agreed to submit disputes to arbitration. See Alberto Baumeister, “Algunos tópicos sobre el procedimiento en la Ley de Arbitraje Comercial,” in Irene Valera (Coord), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 140-141. For additional support for the contention that the arbitration clause need only be in writing, see Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, *op. cit.*, pp. 203-204; Alfredo De Jesús O., “Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 73, 94-97, 130; Andrés A. Mezgravis, “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia,” in *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Editorial Sherwood, Caracas 2001, p. 133.

<sup>160</sup> The “pro-arbitration” principle of interpretation regarding arbitration in the Venezuelan legal system has been established as an obligatory doctrine of interpretation by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in decision in decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.) *cit.*, pp. 34 of 60 and 40 of 60.

of doubt, the decision must be in favor of arbitration.”<sup>161</sup> This is based on the *intention* of the parties, taking into account the *good faith intention*.<sup>162</sup>

It must be mentioned that the matter of consent for arbitration was considered in a few decisions of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, not regarding the merits on the “conditions” of consent for arbitration, but only the way in which it is expressed in order to decide conflicts of jurisdiction between national courts and arbitral tribunals. In particular, those decisions are: Decision N° 1.209 of June 20, 2001 (Case: *Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A.*) (Exp. N° 2000-0775); Decision N° 00098 of January 29, 2002 (Case: *Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. v. Venezolana de Relojería, S.A. (Venrelosa) y Henrique Pfeffer C.A., Abraham Ricardo Pfeffer Almeida, Marianela de la Coromoto Núñez de Pfeffer et al.g*) (Exp. N° 2000-1255); Decision N° 00476 of March 25, 2003 (Case: *Consortio Barr, S.A. v. Four Seasons Caracas, C.A.*) (Exp. N° 2003-

---

<sup>161</sup> See Francisco Hung Vaillant, “Apostillas a cinco sentencias en materia arbitra dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia,” in *Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, UCAB, Escritorio Tinoco, Caracas 2003, pp. 654. See the comments on the pro-arbitration trend of the Venezuelan legal system in Andrés A. Mezgravis, “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia,” in *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Editorial Sherwood, Caracas 2001, p. 133; Andrés Mezgravis, “El principio pro arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano”, in *Ámbito Jurídico* Año IV, N° 55, abril 2002; Carlos Alberto Urdaneta Sandoval, “Aspectos del arbitraje en la contratación administrativa,” in *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, p. 359; Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” *loc. cit.*, p. 30. As mentioned this has been the obligatory principle established by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*), *cit.* pp. 34 of 60 and 40 of 60.

<sup>162</sup> See Andrés A. Mezgravis, “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia,” *loc. cit.*, p. 133; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 63-69, 341.

0044); and Decision N° 00038 of January 28, 2004 (Case: *Banco Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universa v. Armando Díaz Guía y Marisela Riera de Guía*) (Exp. N° 2003-1296). From these decisions issued in resolving conflicts of jurisdiction and not resolving the merits of matter of arbitration, deductions have been made in the sense that in the country exists a requirement that *consent for arbitration* has to be “clear and unequivocal,”<sup>163</sup> which is incorrect.

In fact, this assertion has no basis. First, in Venezuela, the decisions of the Supreme Tribunal of Justice in Politico Administrative Chamber in these matters of arbitration do not refer to the substance of arbitration or to the consent for arbitration, being the Chamber only called upon to decide conflict of jurisdiction between courts or between arbitral tribunals and the courts. Second, in Venezuela the decisions of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, notwithstanding their importance, cannot be qualified as “precedents” because they do not have an obligatory character. Only the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, acting as Constitutional Court when exercising its competencies on judicial review, can issue obligatory decisions on constitutional matters (*decisions vinculantes*) when interpreting the Constitution (Article 335 of the Constitution).<sup>164</sup> Third,

---

<sup>163</sup> See the critical comments on these decisions, in Alfredo de Jesús O., “Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano,” *loc. cit.*, pp. 73-75, 78; Andrés Mezgravis, “El principio pro arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano”, in *Ambito Jurídico* Año IV, No 55, abril 2002, p. 16; Andrés A. Mezgravis, “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia,” *loc. cit.*, pp. 133-134; Francisco Hung Vaillant, “Apostillas a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia,” in *Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, UCAB, Escritorio Tinoco, Caracas 2003, pp. 654 ff; J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 425-426.

<sup>164</sup> See on this obligatory decisions (decisiones vinculantes) Allan R. Brewer-Carías, “La potestad de la Jurisdicción Constitucional de interpretar la Constitución con efectos vinculantes,” in Jhonny Tupayachi Sotomayor, (Coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú (Análisis,*

the decisions of the Politico Administrative Chamber are issued for the purpose of granting jurisdiction or to national courts or to arbitration courts, based on the interpretation of the valid consent clauses for arbitration in the sense of determining if they exclude or not in an absolute, clear and unequivocal way the possibility to resort to national courts. Fourth, in a Constitution like the Venezuelan one that establishes arbitration as integral part of the judicial system (Article 253) and that imposes an obligation on the State to promote arbitration (Article 258), arbitration cannot be considered as an exception to a supposed constitutional mandate of jurisdiction in national courts.<sup>165</sup> And fifth, there are not Venezuelan judicial “precedents” that have developed on matters of commercial arbitration that the consent for arbitration must be “clear, express and unequivocal.”

In effect, in the 2001 *Hoteles Doral C.A. v. Corporación de L’Hoteles C.A* case,<sup>166</sup> the Supreme Tribunal does not explain that, as arbitration supposedly constitutes an exception to the constitutional jurisdiction of national courts, it is required that there be ‘manifest, express and indisputable’ consent to arbitration.” In such case, as can be read in the full Spanish text of the decision (not in the cuttings made for translation), the lower court “declared its lack of jurisdiction to decide the case, by considering the existence of an arbitral clause (*cláusula compromisoria de arbitraje*) capable of subtracting the decision of the dispute of the ordinary jurisdiction” (pp. 3-4). The Politico Administrative Chamber in order to determine the competent jurisdiction, proceeded to determine the “validity of the arbitral clause” just in order to determine

---

*comentarios y doctrina comparada*), Editorial Adrus, Arequipa 2009, pp. 791-817.

<sup>165</sup> On the contrary, in Venezuela arbitration is considered an integral part of the “system of justice” (Article 253). The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in its decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*) has ruled establishing an obligatory doctrine excluding the consideration of arbitration as an exception regarding ordinary jurisdiction, considering that arbitration is an integral part of the judicial system (pp. 19 of 60 to 26 of 60; 29 of 60).

<sup>166</sup> See Decision N° 1209 of June 20, 2001, Case: *Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A.*, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01209-200601-0775.htm>.

“the efficacy or not of the arbitral clause in the sense that it could exclude or not the Judicial Power from its constitutional rank competence to decide cases (p. 4), and to determine “from the contractual clauses if it exist or not, a manifest, express and unquestionable will to exclude any judicial decision on the disputes” and instead to submitted to arbitration (p. 5). That is, the Supreme Tribunal only elaborated on the unequivocal and express manifestation of will of the parties to completely exclude the competence of the courts (not on the consent for arbitration), concluding, in the case, that it did not “exist a manifest and unequivocal will to submit to the jurisdiction of private arbiters, that is, it does not exist an undoubted disposition to renounce to the free access to the judicial organs of the ordinary jurisdiction” (p. 5); and then interpreting that because in the specific arbitral clause in the case, “the possibility to resort to the judicial means remained opened” in the sense that in such clause “the submission to arbitration was an option for the parties” (p. 19), concluded that in the case “there was no pact renouncing in an absolute way to the possibility or alternate option to access to the ordinary organs of the Judiciary, which does not exclude their competence to decide on the *litis*” (pp. 19-20). Consequently, the decision adopted by the Supreme Tribunal in the *Hoteles Doral C.A. v. Corporación de L’Hoteles C.A* case, was a completely different matter and of course in it, the Tribunal did not require the consent to arbitration to be ‘manifest, express and indisputable.’”

In 2002 Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. v. Venezolana de Relojería, S.A. (Venrelosa) y Henrique Pfeffer C.A, Abraham Ricardo Pfeffer Almeida, Marianela de la Coromoto Núñez de Pfiffer et al.<sup>167</sup> cases, the Supreme Tribunal did not upheld the principle of “consent to arbitration” be “manifest, express and indisputable” and did not stated that arbitration ‘requires the compliance and verification of the manifestation of an unequivocal and express will of the parties involved.’” In such case, as can also be read in the full Spanish text of the decision (not in the cuttings made for translation), what the Supreme Tribunal quoting what the Tribunal had decided in the already

---

<sup>167</sup> See Decision N° 00098 of January 29, 2002, Case: Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. v. Venezolana de Relojería, S.A. (Venrelosa) y Henrique Pfeffer C.A., at <http://www.tsj.gov.ve/de-cisiones/spa/Enero/00098-290102-1255.htm>



mentioned *Hoteles Doral C.A. v. Corporación de L'Hoteles C.A* case (pp. 8-9), was that in the specific commercial contract, the arbitral clause leaved opened the option for one of the parties to resort to the courts, arguing that it such clause “it doesn’t exists a manifest and unequivocal will to submit to the jurisdiction of private arbiters, that is, it does not exist an undoubted disposition to renounce to the free access to the judicial organs of the ordinary jurisdiction” (p. 16). The Supreme Tribunal determined that the specific arbitral clause in the case was conceived as an “optional arbitration” in the sense of “submission to arbitration in an optional and partial way, that is, always leaving open the possibility that either parties could opt to resort to the judicial mean” (p. 16), interpreting that because in the specific arbitral clause in the case, “the submission to arbitration –contained in it– is an option in order for the parties to select it as an alternate mechanism for controversies solutions (p. 17), concluded that in the case “there was no pact renouncing in an absolute way to the possibility or alternate option to access to the ordinary organs of the Judiciary, which does not exclude their competence to decide on the litis.” (pp. 17). Consequently, the decision adopted by the Supreme Tribunal in the *Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. v. Venezolana de Relojería, S.A. (Venrelosa)* case y *Henrique Pfeffer C.A, Abraham Ricardo Pfeffer Almeida, Marianela de la Coromoto Núñez de Pfiffer et al.*, case, was also a completely different matter and of course, in it, the Tribunal did not require the compliance and verification of the manifestation of an unequivocal and express will of the parties involved.

In 2003 *Consortio Barr, S.A v. Four Seasons Caracas, C.A.* case<sup>168</sup> the Tribunal did not hold that in order to find a valid arbitration agreement, there must exist an unequivocal and express consent. In such case, as can also be read in the full Spanish text of the decision (not in the cuttings made for translation), the lower court declared its jurisdiction to decide the case, by considering “that the arbitral clause (*Cláusula compromisoria*) in the case, was not in accordance with article 5 of the Commercial Arbitration Law, because its wording does not express the excluding and undoubted character of the election of

---

<sup>168</sup> See Decision N° 00476 of March 25, 2003, Case: *Consortio Barr, S.A v. Four Seasons Caracas, C.A.*, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>

manifestation of will to subtract the solution of controversies or disputes originated in relation to the contract from the judicial jurisdiction, due to the fact that in the same contract, in the jurisdictional clause, the parties declared to be subjected to the nonexclusive jurisdiction of the courts of the Bolivarian Republic of Venezuela” (p. 12). What the Supreme Tribunal considered that needed to be determined in this case was if the arbitral clause had “the derogatory force regarding the Venezuelan jurisdiction” (p. 16), concluding that from its wording “the exclusion of the ordinary jurisdiction is not demonstrated because it result confusing that in it the same it is agreed to resort to the judicial mean” (p. 18), being in such content and for the exclusive purpose of “derogating the jurisdiction that correspond to the Venezuelan courts to decide the case [that] the lacks of the legal efficacy needed for such purposes. So is declared” (p. 18). And it was for such purpose of determining if in the case it existed an absolute exclusion of the jurisdiction of the Venezuelan courts that the Supreme Tribunal considered that for such purpose, for “the validity of the arbitral clause in must exist a unequivocal and express manifestation of will of the involved parties to subtract the decision of the case from the ordinary courts” (p. 18). Consequently, the decision adopted by the Supreme Tribunal in the *Consortio Barr, S.A v. Four Seasons Caracas, C.A.* case was also a completely different matter, and of course, in it, the Tribunal did not hold that in order to find a valid arbitration agreement, there must exist an unequivocal and express consent.

In 2004 *Banco Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universal v. Armando Díaz Egu y Marisela Riera de Díaz* case<sup>169</sup> the Supreme Tribunal did not hold that arbitration was not mandatory because there was no manifest and unequivocal’ submission to arbitration. In this case, the decision of the Supreme Tribunal originated because a lower court decided in the case to declare its jurisdiction to decide the case, because observing that in the existing arbitral clause the parties did not “expressly renounced to the ordinary jurisdiction in order to resolve the conflicts” observing that the arbitral clause was only to be applied only when in enforcement actions (*ejecución de garantías*) and only where

---

<sup>169</sup> See Decision N° 00038 of January 28, 2004, Case: Banco Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universal, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00038-280103-2003-1296.htm>

there is “opposition from the defendants” (p. 3). In the case, the Supreme Tribunal, quoting again what it had decided in the already mentioned *Hoteles Doral C.A. v. Corporación de L’Hoteles C.A* case (pp. 3-4), refused to remove the case to arbitration because in such “cases of enforcements actions established in the contract, it doesn’t exists a manifest and unequivocal attitude of a submission to arbiters, due to the fact that it is only to be applied in case of opposition by the defendants,” (pp. 5), confirming the lower court decision. Consequently, the decision adopted by the Supreme Tribunal in the *Banco Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universal v. Armando Díaz Egu y Marisela Riera de Díaz* case was also a completely different matter, and of course, in it, the Tribunal did not hold that arbitration was not mandatory because there was no ‘manifest and unequivocal’ submission to arbitration.

On the other hand, the so-called fundamental requirement of ‘clear, express and unequivocal’ consent to arbitrate is not a general opinion in the legal Venezuelan doctrine. Precisely, Francisco Hung Vaillant, has stated that, according to the pro-arbitration principle in Article 258 of the Constitution, “one should try to sustain its validity [of Arbitration] in all those cases of doubt, as long as such admission does not lead to a violation of norms of public order or impairs good customs. In sum, in case of doubt, one should pronounce in favor of the existence of Arbitration;<sup>170</sup> addressing those principles that should serve “to provide for an adequate solution each time that there is an antinomy or a legal gap; as well as in those cases in which it is necessary to interpret an obscure text of an arbitration clause or of an arbitration agreement.”<sup>171</sup>

In conclusion, none of the aforementioned four decisions of the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice sustain such assertions; and nothing can be deducted from them by

---

<sup>170</sup> See Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas 2001, p. 66.

<sup>171</sup> Idem. p. 63. Ivor D. Mogollón-Rojas, assertion based on the need for a “written” and “documented” agreements to arbitrate than must be included in contracts as a proof “express and unequivocal consent to submit to arbitration,” is made only and basically in order to stress the core of his statement which is that no “tacit acceptance for arbitration” is acceptable. See Ivor D. Mogollón, *El arbitraje comercial venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 2004, pp. 61-62.

picking isolated phrases out of context. All these decisions, as mentioned, do not deal in the internal legal order with the substantive requirements for the validity of arbitration, for consent to arbitration, or for the validity of bilateral expressions of consent to arbitration (*cláusula compromisoria*). The decisions deal, only and exclusively with the issue of the parties' ability to exclude *in a total an absolute way* the possibility for one of the parties to resort to national courts. The fact that the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal when deciding jurisdictional conflicts, used to impose a rule that there must be "clear, express and unequivocal" expression in excluding the availability of an option is a completely different matter than an expression that provides for the consent to arbitration.

But in any case, regarding such "doctrine" and in the context that the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal used to apply it, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in its decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*) has formally decided, in an obligatory way for all courts that from the moment of the publication of the decision, that is November 3, 2010,

"the jurisprudence criteria sustained on these matters by the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal up to this date, are not applicable" (*Vid.* Among others, the decisions Numbers 1209 and 832, of June 20, 2001, and June 12, 2002, Cases: "*Hoteles Doral, C.A.*" and "*Inversiones San Ciprian, C.A.*")" (pp. 43 of 60).<sup>172</sup>

From what has been previously said, and as a conclusion, is possible to affirm that in Venezuela there is not at a requirement for the consent for arbitration to be "clear and unequivocal," and the only thing that has happened is that a confusion has been generated on the matter based on the aforementioned jurisprudence of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, ruling exclusively acting in the resolution of conflict of jurisdiction between national courts and national arbitral tribunals, giving always jurisdiction to the national courts when the clause providing for arbitration was not clear and

---

<sup>172</sup> See at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>, pp. 43 of 60

unequivocal, excluding any sort of jurisdiction of national courts. That is, when the arbitral clause in a contract (without any consideration regarding its validity or the efficacy of the expression of consent) excluding the jurisdiction of national courts was considered not to be clear or unequivocal, then in cases of conflict of jurisdiction, the Chamber used to give always jurisdiction to the national courts. Also, when the arbitral clause provided the possibility for the parties to resort to the national courts, not having a clear and unequivocal expression of absolute rejection of the jurisdiction of national courts, the Supreme Tribunal used to give always jurisdiction to the national courts.

This was the jurisprudence of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Court, which does not refer at all, to the requirements for the validity of consent of arbitration clauses, which was changed by means of the aforementioned decision adopted by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal Decision N° 1067 of the November 3, 2010 (Case: *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*)<sup>173</sup>. It is enough to read completely the text of such decision in order to understand the sense of the obligatory interpretation (*interpretación vinculante*) it contains for all courts established according to article 335 of the Constitution, expressed by the Chamber, in which it has established the rule that the judicial “verification of arbitral clauses must be limited to verify the written character of the arbitration agreement, excluding any analysis related to the consent devices that could derived from the written clause;” adding, regarding the already mentioned “doctrine” applied by the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal in order to resolve conflicts of jurisdiction, that “the jurisprudence criteria sustained on these matters by the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal up to this date, are not applicable” (*Vid.* Among others, the decisions Numbers 1209 and 832, of June 20, 2001 and June 12, 2002, Cases: “*Hoteles Doral, C.A.*” and “*Inversiones San Ciprian, C.A.*”),” reaffirming that in any judicial decision regarding the verification of “the validity, efficacy and applicability of the arbitral clause it must be limited to verify the written character of the arbitration agreement.” The *Hoteles Doral C.A.* case

---

<sup>173</sup> See at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>

was precisely the leading case of the “doctrine” overruled by the Constitutional Chamber, in which is based the supposed “doctrine” of “clear and unequivocal” consent, which resulted from a completely different concept of arbitration that the Chamber overruled.

As it has been argued, and is useful to remember, the Political Administrative Chamber in order to establish the aforementioned “doctrine,” considered arbitration as an “exception” regarding the constitutional attributions of ordinary courts in order to resolve controversies submitted by citizens to their decision (the Constitutional Chamber made reference among others to the decision N° 1.209/01 of the Politico Administrative Chamber). On the contrary, in the decision of the Constitutional Chamber adopted in the 2010 *Astivenca* Case, issued in a procedure for constitutional revision of a decision of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal (N° 687 of May 21, 2009) precisely deciding on a conflict of jurisdiction, it argued that arbitration was a “fundamental right,” considered as an entirely “part of the judicial system” and of “jurisdiction,” and as an effective mean for obtaining justice (*tutela judicial efectiva*). Consequently, the Constitutional Chamber considered arbitration as an effective institution for jurisdictional protection that cannot be considered as an “exceptional” institution regarding the jurisdiction exercised by the Judicial Power. The Chamber ruled, based on the considerations it made “on the principle competence-competence and in the coordination and subsidiary relations of the Judicial Power organs regarding the arbitral system,” that “the organs of the Judicial Power can only make a formal, preliminary or summary ‘prima facie’ exam or verification of the conditions of validity, efficacy and applicability of the arbitral clause, which must be limited to verify the written character of the arbitral agreement, and exclude any other analysis related to the vices of consent that derives from the written clause.” In other words, the Chamber ruled that due to the fact that article 258 of the Constitution imposes the promotion of arbitration (as decided by the same Chamber quoting decision N° 1.541/08), “any legal provision or judicial interpretation that could contradict it, must be considered contrary to the fundamental text, and thus, unconstitutional;” and consequently, “the organs of the Judicial Power when they have not noticed a manifest nullity, inefficacy or inapplicability, must sent the disputes submitted to their consideration to arbitration.”

The result of this new doctrine is that the courts must rule in principle in favor of arbitration, considered part of the judicial system and of jurisdiction, from which result that arbitration cannot be considered any more by the courts as an exemption to jurisdiction. That is why, the rule imposed by the Constitutional Chamber to the courts when analyzing *prima facie* arbitral clauses, is to verify just the written character of the arbitral clause without any other consideration regarding the validity or efficacy in order to reject arbitration. The result of this new doctrine has been the pro arbitration trend adopted even by the Politico Administrative Chamber, which precisely can be appreciate in many of the decisions it has adopted after the *Astivenca* Case ruling, in which, in many cases, the Chamber ruled to maintain the cases in the arbitral jurisdiction. In those cases, the argument of the Politico Administrative Chamber was not that in order to submit disputes resolution to arbitral tribunals, the consent for arbitration was supposedly to be “clear and unequivocal.” On the contrary, in many of the cases, the decision of the Chamber was only to consider that there were not enough “inaccurate or incomplete” statements or “unambiguous” intent to remove the decisions from the arbitral tribunals, leaving the matter for their decision.

In addition, the procedural settings of international arbitration cases are entirely different. In such cases, the parties are not in a Venezuelan court debating whether a national court must be deprived of jurisdiction by a contractual arbitration clause. On the contrary, Article 22 does not have the effect of preventing investors from resorting to litigation remedies that may be available under Venezuelan law. Article 22 expressly permits recourse to local courts as an option for the investors when expressing in its last phrase: “[...] without prejudice to the possibility of using, whenever it should be appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect.” As the language of Article 22 contains no option for the Republic of Venezuela to resort to the national court, the premise of those decisions –that no longer can be applied by the courts– is not present in international arbitration proceeding. Article 22 does not preclude resort to “the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect,” being that, on the contrary, an option only for the international investor, because the Republic of Venezuela has already expressed its unilateral consent to arbitration. The very purpose of arbitration

provisions is to give the investor the option to resort to arbitration instead of being required to litigate the dispute in the courts of the host-State. In fact, one might argue that if the Republic wanted for there to be the option for an international investor to have recourse only to national courts (if there was no applicable treaty) it would need to be expressed in a “clear, express and unequivocal” way. As explained above, this has since been overruled. What is clear, express and unequivocal is that in Article 22 of the Investment Law, it is expressly, unequivocally and clearly provided that, because it contains the consent of the State for international arbitration, it is possible for the international investor to opt between going to international arbitration or to resort to national courts.

In addition, and despite its inapplicability since November 3, 2010, the cases decided by the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, were not and are not binding. The other Venezuelan judges could and may depart from such decisions. According to Article 321 of the Code of Civil Procedure, Judges shall try to follow the “*cassation* doctrine established in analogous cases, in order to defend the integrity of the legislation and the uniformity of the jurisprudence,” but even in this case, it is not established as a mandate. Therefore, such judicial decisions could not and cannot be considered to have established a general rule of the Venezuelan Law on matters of resolving conflicts of jurisdiction, and much less on matters of consent for arbitration which was not their purpose.<sup>174</sup> In any case, as already mentioned, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has ruled in an obligatory way that such doctrine could no longer be applied by the courts, establishing on the contrary that the only condition of validity of arbitral clauses is to be in writing.

---

<sup>174</sup> The decisions have also been criticized because the Commercial Arbitration Law (Article 6) only requires that the consent be in writing. See Andres Mezgravis “La Promoción del Arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia”, in *Revista de Derecho Constitucional* N° 5, Diciembre 2001, Editorial Sherwood, Caracas 2001, pp. 133-135; Francisco Hung Vaillant, “Apostillas a cinco sentencias en materia arbitra dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia,” in *Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, UCAB, Escritorio Tinoco, Caracas 2003, pp. 654.



But in any case, a reading of the full text of these four cases reveals that all that they decided was that in the specific commercial contracts on which the cases were based, the arbitral clauses included an option for one of the parties to resort to the courts. The court concluded that such a clause “doesn’t present a manifest and unequivocal will to submit to the jurisdiction of private arbiters, that is, it does not exist an undoubted disposition to renounce to the free access to the judicial organs of the ordinary jurisdiction” (See, e.g., p. 16). The Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal determined that the specific arbitral clause in the cases was conceived as an “optional arbitration” in the sense of “submission to arbitration in an optional and partial way that is, always leaving open the possibility that either parties could opt to resort to the judicial mean” (p. 16). But the fact was that on the contrary, the validity of the consent for arbitration was not in question in those cases; what was in question was that the consent for arbitration did not completely and absolutely exclude the option to resort to the national courts.

Contrary to the so-called and no longer applicable requirement of “clear, express and unequivocal” consent to arbitrate” that has been deducted from those decisions, the general opinion in Venezuelan legal doctrine is to the contrary, as has been definitively established by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in its Decision N° 1067 of November 3, 2010 (Case *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*). For example, in this regard Francisco Hung Vaillant, has stated that, according to the pro-arbitration principle in Article 258 of the Constitution, now adopted in an obligatory way by the Constitutional Chamber, “one should try to sustain [the] validity [of arbitration clauses] in all those cases of doubt, as long as such admission does not lead to a violation of norms of public order or impairs good customs. In sum, in case of doubt, one should pronounce in favor of the existence of arbitration. ... [which should] provide for an adequate solution each time that there is an antinomy or a legal gap; as well as in

those cases in which it is necessary to interpret an obscure text of an arbitration clause or of an arbitration agreement.”<sup>175</sup>

## VI. THE CORRECT INTERPRETATION OF ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW

### 1. *The correct interpretation of the words of Article 22 of the Investment Law*

As discussed below, when the text of Article 22 is interpreted according to the rules of interpretation set forth in Article 4 of the Civil Code, the sense that evidently appears from the proper meaning of the words used, in accordance with their connection and with the *intention of the legislator*, the conclusion is that it *stated the unilateral consent of the Republic of Venezuela to the submission of disputes to ICSID arbitration, leaving to qualified investors the right to decide whether to give their own consent or to resort to the Venezuelan courts.*

In the Spanish phrase “*serán sometidas an arbitraje internacional*” (shall be submitted to international arbitration), the tense of the verb indicates that it is an expression of command. The phrase conveyed the fact that international arbitration of disputes was a mandatory system, in the sense that, once properly invoked by the other party to a dispute, the Republic of Venezuela had a duty or obligation to comply with the

---

<sup>175</sup> See Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas 2001, p. 63, 66. Other authors referred to the matter: José Luis Bonnemaïson only copied one of the decisions of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, but does not give his personal opinion. See José Luis Bonnemaïson, *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2006, p. 24. Ivor D Mogollón-Rojas, bases his assertion on the need for a “written” and “documented” agreements to arbitrate that must be included in contracts as a proof that an “express and unequivocal consent to submit to arbitration” has been made, basically in order to stress the core of his statement which is that no “tacit [or implicit] acceptance for arbitration” is acceptable. See Ivor D. Mogollón, *El arbitraje comercial venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 2004, pp. 61-62. Carlos J. Sarmiento Sosa, also refers to the written consent for arbitration only to stress that there cannot be a “presumed or implicit arbitral agreement.” Carlos J. Sarmiento Sosa, *Ley de arbitraje comercial*, Livrosca, Caracas 1999, p. 12.

applicable procedural rules and to abide by the decision of the arbitral tribunal. In this regard, the English translation “shall be submitted” for “*serán sometidas*,” which is common ground between the parties, showed that the translators correctly understood the Spanish original as conveying this mandatory obligation.<sup>176</sup> Consequently, the text of this provision (“*shall be submitted to international arbitration*”) was a unilateral express statement of consent to ICSID arbitration freely given in advance by the Republic of Venezuela;<sup>177</sup> or in the words of the ICSID Tribunal in the *Mobil* case, Article 22 “creates a conditional obligation” to go to arbitration (ICSID *Mobil* case, ¶ 102). None of the other aspects of the text or the other elements of interpretation led to a different conclusion.

The mandate to submit disputes to ICSID arbitration referred to “disputes to which” the ICSID Convention applied. As an initial observation, the term “disputes” appears for a second time in Article 22, in parallel to the first reference to “disputes” between an international investor whose country of origin had in effect a treaty or agreement for the promotion and protection of investments and the Republic of Venezuela. Grammatically, this duplicate and parallel reference indicated that the second category of “disputes” related to the ICSID Convention was not necessarily subsumed within the first category of

---

<sup>176</sup> “Shall can express (A) the subject’s intention to perform a certain action or cause it to be performed, and (B) a command.” The use of shall to express a command “is chiefly used in regulations or legal documents. In less formal English must or are to would be used instead of shall in the above sentences.” See A. J. Thomson and A. V. Martinet, *A Practical English Grammar*, Fourth Edition, Oxford University Press 2001, pp. 208, 246.

<sup>177</sup> In the same sense, see e.g., Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del arbitraje del CIADI,” in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México 2002, pp. 4-5, 17 footnote 23, available at <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cm/>; Eugenio Hernández Bretón, “Protección de inversiones en Venezuela,” in *Revista DeCITA, Derecho del Comercio Internacional, Temas de Actualidad, (Inversiones Extranjeras)*, N° 3, Zavalía, 2005, pp. 283-284; José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Caracas 2007, pp. 214-215; José Gregorio Torrealba R, *Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en Venezuela*, Funeda, Caracas 2008. pp. 56-58, 125-127.

“disputes” related to investment treaties or agreements. Therefore, when Article 22 referred to the “disputes” related to the ICSID Convention no reference was made to “international investor,” as this term was defined in the Investment Law.

The second category of “disputes” comprises those in respect of which the provisions of the ICSID Convention were applicable. According to Article 25,1 of the ICSID Convention, ICSID jurisdiction “shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.” As the ICSID Convention does not itself supply consent, it was unreasonable to interpret Article 22, which expressly provided that disputes shall be submitted to arbitration, as looking to the ICSID Convention to supply the consent that Article 22 itself purported to supply. Consequently, the only way to give effect to the mandate in Article 22 that disputes “shall be submitted” to ICSID arbitration was to interpret the phrase “disputes to which apply the provisions of the [ICSID Convention]” as referring to any disputes that met all the requirements for ICSID jurisdiction other than consent, which was supplied by Article 22 itself. Any other interpretation would have rendered this portion of Article 22 circular and would have deprive it of any effect, in violation of the principle of effective interpretation or *effect utile*.

The portion of Article 22 referring to the ICSID Convention ended with the phrase “if it so establishes” (“*si así éste lo establece*”) also translated as “if it so provides”. This phrase, interpreted according to the sense that evidently appears from the proper meaning of the words used, in accordance with their connection with the entirety of that section and consistent with the intention of the Legislator, refer to the need for the “respective treaty or agreement” to contain provisions establishing international arbitration<sup>178</sup> in order for the preceding express command

---

<sup>178</sup> In this sense, Victorino Tejera Pérez considers that the expression “if it so establishes” means “if it [respective treaty or agreement] establishes arbitration.” See Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” *loc. cit.*, p. 95; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, *cit.*, p. 170.

(shall be submitted) to be capable of being executed; and for the last part of the Article that leaved the option to the international investor to decide whether or not to resort to international arbitration, to be effective. As the ICSID Convention paradigmatically establishes a framework or system of international arbitration for the settlement of investment disputes, the condition “if it so establishes” was clearly satisfied in the case of the portion of Article 22 that refers to the ICSID Convention. On the other hand, the phrase “should it so provide” referred primarily to the possibility that treaties or agreements for the promotion and protection of investments might not provide for international arbitration of disputes to which they apply.

As already mentioned, Article 22 was a compound provision that combined three rules concerning three different kinds of international instruments: first, treaties or agreements on the promotion and protection of investments; second, the MIGA Convention; and third, the ICSID Convention. Although the phrase “should it so provide” applied to each of the three rules, the condition that it embodied (that the treaty or agreement established international arbitration) was satisfied in the case of the ICSID and MIGA Conventions,<sup>179</sup> which clearly provided for

---

<sup>179</sup> The MIGA Convention contemplates two kinds of disputes: (a) disputes between the Agency and a Member country (Article 57), which shall be settled in accordance with the procedures set out in Annex II to the Convention and (b) disputes involving MIGA and a holder of a guarantee or reinsurance (Article 58), which shall be submitted to arbitration in accordance with such rules as shall be provided for or referred to in the contract of guarantee or reinsurance. Article 22 of the Investment Law can refer only to disputes of the first kind (those that could arise between MIGA and a Member State), because disputes of the second type do not involve the Venezuelan State or any other Venezuelan instrumentality. In the case of disputes that could arise between MIGA and a Member State, Annex II of the Convention provides a procedure for settlement that calls for negotiation followed by arbitration, with conciliation as a permissible alternative. According to Article 57(b)(ii) of the MIGA Convention, this procedure may be superseded by an agreement between the State and MIGA concerning an alternative method for the settlement of such disputes, but such an agreement must be based on Annex II, which means that it must also contain resort to arbitration. As the MIGA Convention provides for international arbitration in either situation, the condition “should it so provides” is satisfied and Article 22

arbitration, and was also satisfied in the case of those treaties or agreements for the promotion and protection of investments that did provide for international arbitration.<sup>180</sup> On the contrary, the condition was not satisfied in the case of treaties or agreements for the promotion and protection of investments that did not provide for international arbitration of disputes between the host State and foreign investors. Accordingly, “should it so provide” (if it so establishes) reflected a contingency only in the case of treaties or agreements for the promotion and protection of investments, which may or may not provide for international arbitration of such disputes.

Consequently, it was an error to suppose that the phrase “should it so provide” referred to the State’s consent to arbitration. First, there was nothing in the text of Article 22 suggesting or supporting such an interpretation. The antecedent sentence (“shall be submitted to international arbitration under the terms of the respective treaty or agreement”) made no reference to consent; it referred to international arbitration. The “so” in “should it so provide” referred to “international arbitration” and cannot refer to a concept (“consent”) that was not included in the antecedent sentence. Thus, the interpretation that the “so” referred to the act of consent, was unfounded.

Second, it should be remembered that the “it” in “should it so provide” referred to the ICSID Convention. Therefore, interpreting “should it so provide” as though it meant “should the ICSID Convention provide consent to arbitration” would turn this phrase into an impossible condition (one that cannot be fulfilled), because the ICSID Convention does not itself provide for a Contracting State’s consent to ICSID

---

requires submission of such disputes to international arbitration according to the terms of the MIGA Convention.

<sup>180</sup> The Spanish text, which uses the subjunctive mood, makes clear that it refers not only to treaties or agreements of this kind to which the Republic of Venezuela was a party at the time the Investment Law was adopted, but also treaties or agreements to which it may become a party at any time in the future. Historically, while most agreements of this kind concluded by States around the world provide for international arbitration of investor-State disputes, some agreements do not. The Republic of Venezuela may become a party to treaties or agreements of this kind that do not provide for the resolution of controversies through arbitration.

arbitration. It was precisely because the ICSID Convention required consent by a separate written instrument, such as a piece of national legislation like Article 22 of the 1999 Investment Law,<sup>181</sup> that it cannot be presumed that the drafters of Article 22 intended the absurdity of subjecting the mandate relating to ICSID arbitration to a condition that was not and could not be fulfilled.

Under Venezuelan law, any interpretation of a statute that leads to absurdity or that would deprive a statutory provision of any effect must be rejected.<sup>182</sup> The principle of effective interpretation (*effet utile*) has been recognized to be a critical canon for the interpretation of statutes. For example, the Civil Cassation Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has declared that “it would be absurd to suppose that the Legislator does not try to use the most precise and adequate terms in order to express the purpose and scope of its provisions, or deliberately omits elements that are essential for their complete understanding.”<sup>183</sup>

On the other hand, the final part of Article 22 (“without prejudice to the possibility of using, when applicable the systems of litigation provided for in the Venezuelan laws in force”) further confirmed that Article 22 was an expression of consent to arbitration. That statement indicated that Article 22 did not have the effect of preventing the investor from using domestic litigation remedies. If Article 22 was to be considered as a mere declaration of the State’s willingness to agree to arbitration in a separate document as opposed to a firm expression of consent to arbitration by the State, there would have been no need to disclaim that Article 22 did not prevent the investor from resorting to domestic remedies.

---

<sup>181</sup> It is settled that under Article 25.1 of the ICSID Convention an ICSID Contracting State may express its written consent to submit to the jurisdiction of the Centre by way of the Contracting State’s legislation for the promotion of investments.

<sup>182</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.173 of June 15, 2004 (Case: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), in *Revista de Derecho Público* N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 ff.

<sup>183</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Civil Cassation Chamber, Decision N° 4 of November 15, 2001 (Case: Carmen Cecilia López Lugo v. Miguel Angel Capriles Ayala et al.), ar <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RECL-0004-151101-99003-99360.htm>, p. 7.

The interpretation of Article 22 as containing an open offer by the State to submit investment disputes to ICSID arbitration not only resulted from the literal or grammatical element of statutory interpretation, but also from applying the logical, rational or reasonable element of interpretation derived from the fact that the State's offering of unilateral consent to arbitration in order to promote investment was part of the *raison d'être* of the Investment Law.

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in Decision N° 1.173 of June 15, 2004 held that the determination of the intention of the Legislator must "start from the will of the creator of the provision, as it results from the debates prior to its promulgation."<sup>184</sup> Being the Investment Law enacted through a Decree Law and not as the result of a parliamentary debate, the "creator" of such Law was not the National Assembly, but the President acting in Council of Ministers, that is, with all the Cabinet (Article 236.8 of the Constitution). Such intention "of the Legislator," therefore, resulted from the debates prior to the promulgation of the Law that were sustained in the Council of Ministers itself, in the Economic Cabinet, and from the proposals made by the drafter of the Law, who in this case, was Ambassador Werner Corrales-Leal. At that time Corrales was Head of the Permanent Representation of Venezuela before the WTO and the UN entities headquartered in Geneva and was charged by the Government to prepare a draft of the Investment Law.<sup>185</sup> This is particularly important, in the absence of an *Exposición de Motivos* of the Law formally explaining its motives and content. All those elements contributed to establish the intention of the National Executive as the "creator" of the Law.

---

<sup>184</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.173 of June 15, 2004 (Case: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), in *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 ff.

<sup>185</sup> See in Eduardo Camel A., "Ley de promoción de Inversiones viola acuerdos suscritos por Venezuela", *El Nacional*, Caracas September 15, 1999. The character of Corrales as drafter was officially recognized, for instance, in a press released of the Ministry of Foreign Affairs, Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales, "Resúmen de Medios nacionales e Internacionales", April 29, 2009, p. 23. See also, in Alberto Cova, "Venezuela incumple Ley de Promoción de Inversiones," in *El Nacional*, April 24, 2009.



In effect, the intention of the National Executive when enacting the Investment Law, in a consistent way with the general policy defined by the Government at the time of its enactment for the purpose of attracting and promoting international investments in the country, was the same reflected in all the other pieces of legislation enacted by the Executive at the same time, all according to the pro-arbitration principle that prevailed in 1999. If according to Article 4 of the Civil Code, the interpretation of a statute results from “the sense that appears evident from the proper meaning of the words, according to their connection among themselves and the *intention of the Legislator*,” the latter is one of the key elements in the interpretation to be taken into consideration.

Being the Investment Law the product of a bureaucratic drafting process and not of a parliamentary process with recorded debates in a legislative body, the intention of the drafters is a valid source to determine the intention of the “legislator,” or of the “creator” of the statute. In this case of the 1999 Investment Law, as mentioned, it was not the product of a diffuse “creator” (Parliament, Congress, Legislative Assembly) composed by representatives, parliamentary commissions, legislative assistance, interacting in close or open debates that are normally involve in the sanctioning of a statute; but was the product of an executive bureaucratic process, that in that case allowed to identify a “drafter” of the law. Consequently, in that sense it was possible to understand that “the will of the creator of the provision” eventually was the will of the drafter of the provision.

That is to say, whenever a statute, even when approved by a Congress, can be identify with its drafter (and that is why so many statutes and laws have or takes the name of its drafters), it is compulsory for the interpreter to seek for the intention of the “drafter” in order to establish the intention of the legislator. In such cases, there is no other “creator” of the Law different to its drafter. And this is the case, in general, regarding decree laws or executive regulations, which normally are approved without a “debate” like the parliamentary ones. Commonly, it is the respective Minister of the Executive in charge of drafting and proposing of the text, the one that can eventually express the will or the intention of the body approving the text.

But it can also be a public official, specialized in the subject or matter of the text, by assignment or delegation by the President, the one

in charge of drafting a proposal of a statute or regulation. And this was the case of the 1999 Investment Law, in which the Ambassador before the specialized United Nations Agencies on Commerce in Geneva, Mr. Corrales was charged by the Executive of drafting the Law. In these cases, the opinion or the intention of the drafter is essential to identify the intention of the legislator. Consequently, the intention of the drafter is absolutely relevant to determine the intention of the legislator, not being at all inappropriate to look to the intention of the drafter. In each case, and according to each circumstance, in order to determine the intention of the legislator, the interpreter has the obligation to precise and identify the sometimes diffuse “creator” of the text. And that was what must had to be done in a case like the one of the 1999 Decree Law on the Investment Law, in the absence of any “Statements of Purposes” or other official document explaining the motives of the statute as for instance the Minute (*Acta*) of the Council of Minister (different to the deliberations, which are the only reserved part of its actions).

According to the public information available, being Mr. Werner Corrales and Mr. Gonzalo Capriles the drafters of the Law, acting by delegation of the President of the Republic, the only way to determine the will of the legislator or of the Council of Ministers as “creator” of the law, was to determine the intention the drafters. Consequently, in the case of the 1999 Investment Law, this intention of the legislator, being the National Executive who enacted the Law, was not other that the intention expressed by the drafters of such law; and in particular regarding its Article 22, in the sense that it had the intention to express a unilateral consent by the State to submit disputes with international investors to the jurisdiction of ICSID arbitration, as a main tool in order to attract and promote international investments in the country.

This intention, on the other hand and as aforementioned, was completely consistent with the pro arbitration trend that characterized all the legislation enacted by the Congress and the Executive at the same time of the Investment law, particularly by means of decree laws, in execution of the Enabling Organic Law of April of 1999 authorizing the President of the Republic to “enact provisions in order to promote the protection and promotion of national and foreign investments with the purpose of establishing a legal framework for investments and to give them greater legal security,” as well as in the 2000 Enabling Law with similar purposes.

It was the case of the *1999 Law on Gassed Hydrocarbons*, recognizing the possibility to submit to arbitration disputes on matters relating to licenses given by the State for the exploration or exploitation of non-gas hydrocarbons;<sup>186</sup> of the *1999 Law on the Promotion of Private Investments through the Regime of Concessions*, in which it was provided that the parties, in public concessions contracts, could agree to submit their differences to the decision of an Arbitral Tribunal;<sup>187</sup> of the *2001 Organic Taxation Code* that included a general admission of arbitration as a means for the solution of disputes between taxpayers and the State; the *2001 Organic Hydrocarbons Law* in which the possibility to submit to arbitration the solution of disputes resulting from activities in the hydrocarbon sector when mixed companies are constituted with private investors is expressly recognized.<sup>188</sup>

In all these laws, referred all of them to key sectors of the economy, there was a clear legislative tendency admitting arbitration. The pro arbitration trend that characterized the legislation enacted between 1999 and 2001, derived not from its provision as compulsory (this was only the case of Article 22 of the 1999 Investment Law), but of its consistent regulation in all those laws as a means for conflict resolution.

Consequently, considering Article 22 systematically and in a historical perspective, expressing consent to international arbitration was in accord with the trend in favor of international arbitration

---

<sup>186</sup> Decree Law N° 310 of September 12, 1999, *Official Gazette* N° 36.793 of September 23, 1999.

<sup>187</sup> Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Official Gazette* N° 5.394 Extra. of October 25, 1999. See in general on this Law, Alfredo Romero Mendoza “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, in Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

<sup>188</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Official Gazette* N° 37.323 of November 13, 2001. See Diego Moya-Ocampos Pancera and Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174.

described above, including the State's ratification between 1993 and 1998 of treaties for the protection and promotion of investments that accepted international arbitration, as well as the other legal provisions regarding arbitration adopted at the time.

Furthermore, using the teleological and sociological element of statutory interpretation, the economic and social situation prevailing at the time the Investment Law was enacted (1999) explains the legislator's intent to promote investments and the offering of consent to international arbitration as a means to do so. The economic policy and the whole legal order existing in 1999 tended to promote foreign investment and international arbitration. This general intent was clearly reflected in the Investment Law as a whole, which was primarily devoted to promoting and protecting foreign investment by regulating the actions of the State in the treatment of such investment. Submission of disputes to international arbitration was and is precisely one of the principal means of protecting foreign investors and investments.<sup>189</sup>

2. *The efforts made since 2000 in order to change the meaning of Article 22 of the Investment Law by means of Judicial Interpretation without reforming the Statute*

Since the 1999 Investment Law was adopted, and particularly after it began to be effective once that claims began to be brought before the ICSID Center, some commentators thought that article 1999 needed to be revised, in order to "get rid of all the problems it shall create."<sup>190</sup> But the fact was that the government never reviewed the Law.

---

<sup>189</sup> Even the Decision N° 1541 of 2008 p. 28 recognizes that one of the ways States attract foreign investment is to make a unilateral promise to submit disputes to arbitration ("It is impossible to be unaware that States which attempt to attract investment must, on a national sovereignty level, decide to grant certain guarantees to investors, in order to ensure that the relationship materializes and, within the variables used to encourage these investments, it is common to include an arbitration agreement which, in the opinion of the investors, provides them with security to mitigate the fear of possible partiality by State courts in favor of nationals of their own country...").

<sup>190</sup> See for instance Hildegard Rondón de Sansó, "La muerte definitiva del 22," *Quinto Día*, August 26, 2012, p. 13.

Conversely, various attempts were made by individual opponents of the pro-arbitration policy of the Government and to the principle of relative jurisdictional immunity, in order to obtain a different interpretation from the Venezuelan courts.<sup>191</sup> Eventually, after various failed efforts, the Venezuelan Government itself filed before the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice a petition for the interpretation of the provision, and obtained, in record time, the Decision N° 1.541 of October 17, 2008 on the supposed interpretation of Article 258 of the Constitution and effectively on the interpretation of Article 22, in the sense that those opposing to international arbitration were seeking for years. Nonetheless, prior to that decision, other previous decisions concerning Article 22 of the 1999 Investment Law were issued in various proceeding seeking judicial interpretation of the Constitution, which must be also analyzed in order to understand how the interested legal community reacted to the content of Article 22 of the Investment Law.

Only a few months after the approval of the 1999 Law, judicial review actions began to be filed before the Supreme Tribunal seeking the annulment of the article 22 of the Investment Law or seeking for its new interpretation. For such purpose, and following a long tradition, the Venezuelan mixed system of judicial review contained all the necessary judicial tools, combining the classical diffuse method of judicial review (American model) established in Article 334 of the Constitution,<sup>192</sup> with the concentrated method of control of constitutionality of statutes (European model), established in Articles 335 and 336 of the Constitution. According to these constitutional provisions the Supreme Tribunal is the “highest and final interpreter” of the Constitution, having within its role to assure its “uniform interpretation and application” and to guarantee the “supremacy and effectiveness of constitutional norms and principles.” For such purpose, the Constitution created the

---

<sup>191</sup> See on these decisions Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 152 ff.

<sup>192</sup> 1999 Constitution, Article 334 [...] In the event of an incompatibility between this Constitution and a law or any other legal norm, the Constitutional provisions shall be applied, corresponding to the courts in any case, even ex officio (sua sponte), to decide what is needed.

Constitutional Chamber within the Supreme Tribunal, whose role is to exercise “Constitutional Jurisdiction.” (Articles 266,1 and 262), having the exclusive power to declare the nullity of statutes and other State acts issued in direct and immediate execution of the Constitution, or having the force of law (statute) (Article 334).<sup>193</sup>

In effect, following a long tradition,<sup>194</sup> the Venezuelan system of judicial review has been conceived as a mixed system,<sup>195</sup> which combines the classical diffuse method of judicial review (American model) established in Article 334 of the Constitution,<sup>196</sup> with the concentrated method of control of constitutionality of statutes (European model), established in Articles 335 and 336 of the Constitution. According to Articles 335 and 336, in the Venezuelan legal order, the Supreme Tribunal is the “highest and final interpreter” of the Constitution. Its role is to assure a “uniform interpretation and application” of the Constitution and “the supremacy and effectiveness of constitutional norms and principles.” For such purpose, the Constitution created a Constitutional Chamber within the Supreme Tribunal, whose role is to exercise “constitutional jurisdiction” (Articles 266.1 and 262).

---

<sup>193</sup> These include “acts of government,” internal acts of the National Assembly, and executive decrees having the rank of statutes.

<sup>194</sup> See generally Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Vol. VI, La Justicia Constitucional*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1998; Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto de Administración Pública, Madrid 1985; Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Ed. Porrúa, México 2006.

<sup>195</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 275-277; Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá 1995.

<sup>196</sup> 1999 Constitution, Article 334. “[...] In the event of an incompatibility between this Constitution and a law or any other legal norm, the Constitutional provisions shall be applied, corresponding to the courts in any case, even sua sponte, to decide what is needed. [...]”).

That Chamber has the exclusive power to declare the nullity of statutes and other State acts issued in direct and immediate execution of the Constitution or having the force of law (statute) (Article 334).<sup>197</sup>

To implement the concentrated method of judicial review, the Constitution provides for different means of recourse to the courts, including the action for unconstitutionality of statutes (*acción de inconstitucionalidad*), which any citizen can file directly before the Constitutional Chamber.

In addition to the means of judicial review established in the Constitution, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has created a petition (*recurso*) for abstract interpretation of the Constitution (petition for constitutional interpretation), which has been extensively used.<sup>198</sup> The petition for constitutional interpretation was created by the Constitutional Chamber without any constitutional or legal support. The Constitutional Chamber attributed to itself the sole power to decide it.<sup>199</sup>

In cases dealing with interpretations of the Constitution, the Constitutional Chamber is empowered to give binding effect to its decisions (Article 335). According to Decision N° 1.309 of June 19,

---

<sup>197</sup> These include “acts of government,” internal acts of the National Assembly, and executive decrees having the rank of statutes.

<sup>198</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1077 of September 22, 2000 (Case: Servio Tulio León Briceño) in *Revista de Derecho Público* N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 ff. See Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” in *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Peru, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa, September 2005, pp. 463-489; Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en L’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70.

<sup>199</sup> No provision of the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice attributes this power to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice. See Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 103-109.

2001 (Case: *Hermann Escarrá*),<sup>200</sup> the decisions of the Constitutional Chamber on petitions of abstract interpretation of the Constitution have effects *erga omnes*, that is to say, they are binding on all courts of the Republic of Venezuela, but they apply only prospectively (*pro futuro, ex nunc*), that is, they do not have retroactive effects.

There is a second type of petition of interpretation in Venezuela: the petition (*recurso*) of interpretation of statutes. Unlike the prior one, this type is provided for in the Constitution (Article 266.6) and in the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice (Article 5, paragraph 1.52). The competence to decide these petitions corresponds to the Chamber of the Supreme Tribunal (Politico-Administrative, Civil, Criminal, Social or Electoral Chamber) that has competence over the subject-matter of the statute.<sup>201</sup> When a petition for interpretation results in the interpretation of a statute, such interpretation applies only prospectively.

A petition (*recurso*) of interpretation has the purpose of obtaining from the Supreme Tribunal a declarative ruling to clarify the content of legal or constitutional provisions. To have standing to file a petition of interpretation, a petitioner must invoke an actual, legitimate and juridical interest in the interpretation based on a particular and specific situation in which he stands, which requires interpretation of the legal or constitutional provision in question. The Constitutional Chamber has held that in a petition for constitutional interpretation, the petitioner must always point to “the obscurity, the ambiguity or contradiction

---

<sup>200</sup> Ratified in Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.684 of November 4, 2008 (Case: Carlos Eduardo Giménez Colmenárez) (Exp. N° 08-1016), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1684-41108-2008-08-1016.html>, pp. 9-10.

<sup>201</sup> Before 2000, the only petition (*recurso*) of interpretation existing in the Venezuelan legal order was the petition of interpretation of statutes in cases expressly provided by them. It was established in Article 42,24 of the 1976 Organic Law of the Supreme Court of Justice, and exclusively attributed to the Politico-Administrative Chamber of that court. This changed in the 1999 Constitution.



between constitutional provisions.”<sup>202</sup> In Decision N° 2.651 of October 2, 2003, the Constitutional Chamber ruled that the proceeding did not have an adversarial nature, and left it to the court’s discretion whether to call to the proceeding those that could have something to say on the matter.<sup>203</sup>

As a matter of principle, when deciding a petition of statutory interpretation, the Chambers of the Supreme Tribunal (other than the Constitutional Chamber) are not empowered to establish a binding interpretation of constitutional provisions. Conversely, when the Constitutional Chamber decides a petition of interpretation of the Constitution, it is not empowered to establish binding interpretations of statutory provisions except when it is as a consequence of the interpretation of the Constitution. Accordingly, a petition of statutory interpretation, for instance, of an Article of the 1999 Investment Law could only be filed before the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal. Consistent with this, the Constitutional Chamber declined to assume jurisdiction to precisely to decide a petition of interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law filed by three Venezuelan lawyers in 2007.<sup>204</sup> It was within this judicial review system that various attempts were made in order to obtain a judicial interpretation of Article 22 of the Investment Law different to the one expressed in that Article and to the sense of what was intended by be expressed by the Government when the Law was sanctioned. These intents were the following:

---

<sup>202</sup> Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” in *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Peru*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa, September 2005. pp. 463-489,

<sup>203</sup> Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 2.651 of October 2, 2003 (Case: Ricardo Delgado, Interpretation of Article 174 of the Constitution), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2651-021003-01-0241.htm>, pp. 30-32.

<sup>204</sup> Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 609 of April 9, 2007 (Case: Interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/609-090407-07-0187.htm>.

A. *The first attempt, in 2000, to change the meaning of Article 22 of the 1999 Investment Law through a popular action challenging its constitutionality and seeking its annulment*

The first case filed before the Supreme Tribunal in connection with Article 22 of the 1999 Investment Law, was an action of unconstitutionality brought before the Constitutional Chamber by two lawyers, Fermín Toro Jiménez and Luis Brito García, challenging Articles 17, 22 and 23 of the 1999 Investment Law.

The Constitutional Chamber in Decision N° 186 of February 14, 2001,<sup>205</sup> eventually upheld the constitutionality of the challenged provisions, from which it can be concluded that in doing so, the Tribunal eventually accepted the constitutionality of the open offer of consent that the State gave in Article 22 for international arbitration.

In effect, when the Constitutional Chamber rejected the allegations of Fermín Toro and Luis Brito considering unconstitutional the provision of article 22 of the Investment Law, based in the allegation that it gave the investors the right to reject the submission of disputes to national courts (leaving aside national courts) resorting to arbitration, that implied con consider that the provision contained an order or command compelling the State to be submitted to international arbitration at the will of the investors. The rejection of this argument

---

<sup>205</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 186 of February 14, 2001 (Case: Challenging the constitutionality Articles 17, 22 and 23 of the 1999 Investment Law, Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/186-140201-00-1438%20.htm>. Also in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 166-169. See the comments on this decision in José Gregorio Torrealba, *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela*, *op. cit.*, pp. 123-124; in Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 413.; Diego Moya-Ocampos Pancera and Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 173.

logically meant the acceptance by the Supreme Tribunal of the text of the Article 22 as it was written, with all its consequences, that is, the open offer given by the State for international arbitration, and the disclaimer contained in its last part, giving the investor the option to accept or not offer the open offer, and to resort at its will to national courts.

The claimants in the popular action, acting by themselves, as aforementioned, were Fermín Toro Jiménez and Luis Brito García. The former was a Professor of International Law for many years, both having very close ties with the then new Government. At the time of the drafting of the Investment Law Toro was Head of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs, and years after he was the Venezuelan Ambassador before the United Nations in New York. He had a very well-known opinion regarding the interpretation of article 127 of the Constitution of 1961 (equivalent to article 151 of the 1999 Constitution) in the sense of considering that in it, “public interest contracts” were equivalent to “international treaties”<sup>206</sup> He also considered that in Venezuela, even with the text of such constitutional article establishing the principle of relative jurisdictional immunity of the State (depending of the nature of the contract), on the contrary and according with the tradition initiated in 1893, the State had “absolute jurisdictional immunity regarding public interest contracts entered with natural or juridical persons of foreign nationality” independently of the “nature” of the contract.<sup>207</sup> Toro Jiménez also said that the opinion of Luis Brito García appears to coincide with his, although expressed with “vacillations.”<sup>208</sup>

Nonetheless, the opinion of Luis Brito García, also a well-known lawyer and writer in Venezuela, expressed since 1968 was in the same direction. He expressed his concerns about the subjection of disputes arising from public interest contracts to foreign courts and to be decided according to laws different to the Venezuelan law, a situation that he

---

<sup>206</sup> See Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 324, 437, 438, 441, 443, 444.

<sup>207</sup> *Id.* pp. 444, 446, 451, 500, 501.

<sup>208</sup> *Id.* pp. 441, 445.

considered as “unacceptable,”<sup>209</sup> arguing in addition that the exception established in article 127 of the Constitution (equivalent to article 151 of the 1999 Constitution) could only be applicable if one considers that contracts of public interest are equivalent to international treaties.<sup>210</sup> Brito finished his argument, in particular regarding arbitration clauses in public interest contract expressing his criterion that “it is not possible to include in contracts of public interest clauses in which is established that the controversies arising from such contracts would be submitted to arbitration.”<sup>211</sup>

These personal opinions of Toro Jiménez and Brito García, explain why they personally filed an action of unconstitutionality (*action popularis*) against the provisions of a statute such the Investment Law (particularly articles 22 and 23), that contrary to their thoughts and believes, not only established arbitration as a mean to resolve controversies on investments between the State and a private investor; but in both cases contained the consent given in advance by the State, as an open offer, to submit disputes to arbitration leaving in the hands of the investors to decide to go to arbitration and not to resort to the national courts, allowing them to decide unilaterally to withdraw the case from the possible jurisdiction of national courts. Nonetheless, they did not file the judicial review action against the possibility in itself of the State being subject to arbitration, as it is also provided in other articles of the Law (articles 18.4 and 21), but only regarding the provisions expressing the consent of the State to go to arbitration, which were the ones they considered unconstitutional.

Because they have for a longtime opposed in their wittings to the State subjected to international or national arbitration, therefore, these two Venezuelan authors and lawyers were the first to formally acknowledge the existence of the unilateral consent given by the State to go to ICSID arbitration in the challenged articles of the Investment Law, giving international investors, and exclusively to them, the right to

---

<sup>209</sup> Luis Brito García, “Régimen constitucional de los contratos de interés público,” in *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 50, Contraloría General de la República, Caracas 1968, pp. 124.

<sup>210</sup> *Id.* p, 124.

<sup>211</sup> *Id.* pp. 125-126.

opt in an unilateral way, in cases of investments disputes, between resorting to arbitration or before the national court. The constitutional review suit filed by them in their personal character, as citizens, on April 27, 2000, before the Supreme Tribunal, was their personal written reaction to the decision adopted by the Government just five months after the Law was published. The popular action challenging the constitutionality of articles 22 and 23 of the Decree Law, was intended to seek for the annulment of such provisions by the Supreme Tribunal of Justice, and consequently, to change the meaning of the law without seeking to be formally reformed.

Based on the summary and quotations of the text of the popular action included in the Decision of the Supreme Tribunal N° 186 of February 14, 2001, rejecting the petitioners request, the petitioners based their request on the argument that Article 22 being a provision of “obligatory application,” was contrary to Articles 157 and 253 of the Constitution, because it:

“attempts to authorize private parties [*los particulares*] to put aside the application of Venezuelan public law provisions, in favor of arbitral organs, which as it is known, freely apply equity criteria without necessarily following positive law provisions.” (pp. 3, 4, 5, 21).

The petition also was based on the fact that Article 23 of the Investment Law also was an “obligatory application,” which:

“also is unconstitutional because it attempts to authorize to put aside the administration of justice, which is obligated to the precise application of public order provisions, in favor of resort to ‘Arbitral Tribunals,’ which in its condition as arbitrators would put aside non-negotiable and sovereign order public provisions [...]” (pp. 3, 4, 5, 21).

From these statements, it is evident that the petitioners understood, both, that Article 22 and Article 23 of the Law, as open offers of consent made unilaterally by the State to submit controversies on investments to arbitration (international arbitration in the case of Article 22, and national arbitration in the case of Article 23), gave the investors the right –in the words of the petitioners– “to put aside the application of Venezuelan public law provisions in favor of arbitral organs” or “Arbitral Tribunals.” The only way to understand the petitioners complain of the

unconstitutionality of Articles 22 and 23 was based on the fact that they made possible for “private parties” to decide by themselves to leave aside the application of Venezuelan public law provisions in favor of arbitral organs, which is only possible if the State in such provisions gave already its consent to submit disputes to arbitration.

On the contrary, if the State would not have expressed its consent to go for arbitration in such provisions of “obligatory application” –as qualified by the petitioners–, if would have been impossible to say that the provisions (unilaterally) authorizes private parties to go to arbitration, that is “to put aside the application of Venezuelan public law provisions in favor of arbitral organs” or “Arbitral Tribunals.”

The Constitutional Chamber, of course, denied the petition, finding that these provisions were consistent with the Constitutional right to arbitration as an “alternative means of justice.” (p. 22-23). In rejecting the petition of annulment as it concerned Article 22, the Constitutional Chamber reasoned that:

“the plaintiffs incur in the mistake of considering that by virtue of the challenged provisions previously quoted [Articles 22 and 23 of the 1999 Investment Law], there is an attempt to give an authorization to leave aside public law provisions in favor of arbitral organs, taking away from national courts their power to decide the potential disputes that may arise in connection with the application of the Decree Law on the Promotion and Protection of Investments. In fact, this Chamber considers that the prior statement is an error because it is the Constitution itself which incorporates within the system of justice the alternative means of justice, among which, the arbitration is obviously placed.” (p. 22).

That is, the Constitutional Chamber accepted that it was the Constitution, that in article 253 incorporated the alternative means of justice, among which, arbitration, so the authorization given in the Law “to leave aside public law provisions in favor of arbitral organs, taking away from national courts their power to decide the potential disputes that may arise in connection with the application” of the Investment Law, as happened in the challenged provisions, was in conformity to the Constitution, warning the petitioners that “from the constitutional provision they claim as violated [article 253], the alternative means of

justice are also part of the Venezuelan system of justice” (p. 23). The Constitutional Chamber decision, in addition, referred to article 151 of the Constitution as the founding provision for admitting the possibility for the State to be subjected to arbitration (p. 25).

The Constitutional Chamber noted that the Constitution incorporated alternative means of adjudication, including arbitration, within the Venezuelan system of justice. It highlighted that arbitration –national and international– had a constitutional basis in Article 258 of the 1999 Constitution, and specifically concluded that “the arbitral settlement of disputes, provided for in the impugned articles 22 and 23, does not conflict in any manner with the Fundamental Text.” (p. 25).

The Constitutional Chamber in its decision referred to the mandate to promote arbitration in Article 258 of the Constitution (“The law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means of dispute resolution”) and explained that:

“[...] the law, in this case an act with rank and force of such, promoted and developed the referred constitutional mandate, by establishing arbitration as an integral part of the mechanisms for settlement of controversies that arises between an international investor, whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or controversies with respect to which the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI-MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID) are applicable” (p. 24).

It must be noticed that the Constitutional Chamber, when referring to article 22 of the Investment Law and confirming that arbitration was “an integral part of the mechanisms” for settlement of investments disputes, it referred simply to “controversies with respect to which the provisions of the ICSID Convention “are applicable”(p. 24), without copying, using or referring to any other phrases of the article, assuming, with that assertion, that the ICISD Convention applied by virtue of the same provision and because of the consent the State gave in it, which was the justification to the clarification immediately made, in the sense

that being a provision that gave the State consent for arbitration, this did not prevent the investor to resort to the national courts, by saying:

“It must be made clear that in accordance with the challenged norm itself, the possibility of using the contentious means established under the Venezuelan legislation in effect remains open, when the potential dispute arises, and these avenues are appropriate” (p. 24).<sup>212</sup>

The only meaning of this clarification is to consider that it was made by the Constitutional Chamber because in the decision it was accepted that the State in the challenged provision had given its general consent for arbitration, as an open offer, which did not prevent for the investor, at his will, to decide to use the contentious means established in the legislation. This allowed the Chamber to conclude in its decision “that the provision for arbitration under the terms developed in the challenged norm, as it is affirmed by the claimants, does not violate the sovereign power of national courts to administer justice, but in fact –it is reiterated– the programmatic provisions outlined above contained in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, are effectively implemented” (p. 24).

In this context, the Constitutional Chamber by upholding the constitutionality of Article 22 in effect did address the “meaning and scope of the provision” in the sense of accepting the consent expressed in it by the Republic, leaving in the hands of the investors to decide to go to international arbitration or to resort to the national courts.

Consequently, in this first attempt to change the meaning of articles 22 and 23 of the Investment Law containing open offers of the State’ consent to go to arbitration for the resolution of investments disputes, the Constitutional Chamber rejected the popular action of unconstitutionality filed by Toro Jiménez and Brito García, accepting, in particular, that Article 22 contains the express consent of the State to submit to international arbitration controversies regarding investment.

---

<sup>212</sup> See the comments in this same sense in Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” *loc. cit.*, p. 94; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, *cit.*, p. 168-169.



The quoted reasoning of the Supreme Tribunal would make no sense unless the Constitutional Chamber understood Article 22 as expressing the State's consent to international arbitration, in the same sense that article 23 does it.

In this context, consequently, the Constitutional Chamber by upholding the constitutionality of Article 22 addressed the “meaning and scope of the provision,”<sup>213</sup> as was reported in the Venezuelan Public Law Journal (*Revista de Derecho Público*) that same year 2001,<sup>214</sup> highlighting the pertinent excerpt considered important in the matter after the sanctioning of the 1999 Constitution, that is: “International Arbitration is admitted in the Constitution as part of the system of justice, and thus, the solution of controversies established in articles 22 and 23 of the Decree law of Promotion and Protection of Investments is not contrary in any way to the Fundamental Text.”<sup>215</sup>

B. *The second attempt, in 2007, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law*

On February 6, 2007, as aforementioned, a group of lawyers (Omar Enrique Valentier, Omar Enrique García and Emilio Enrique García Bolívar) filed a petition or recourse for statutory interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law before the Constitutional Chamber of

<sup>213</sup> The opinion on the meaning of article 22 given by the claimants (Fermín Toro and Luis Brito) in the text of their popular action, remained in the files of the Supreme Tribunal after such upholding of the constitutionality of the challenged provisions of the Law. Toro and Brito did not publish in a separate way their comments on the Law after challenging it, and their written arguments were not commonly known.

<sup>214</sup> In the Journal, after analyzing the Constitutional Chamber Decision N° 186 (not the arguments filed by Toro and Brito), when reporting on the decision, the most important and interesting parts of it, from the stand point of internal public law, references were made, on the one hand, to the challenging of the provision establishing “public contracts for legal stabilization” (art. 17); and on the other hand, to the provision referred to the “admission of international arbitration” (art. 22). See the Section of *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional* (Constitutional and Administrative Jurisprudence), by Maria Ramos Fernández, in the *Revista de Derecho Público*, N° 85-86/87-88, Caracas 2001, pp. 220-225 and pp. 166-169.

<sup>215</sup> See in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Caracas 2001, p. 166.

the Supreme Tribunal, which was rejected by Decision N° 609 of April 9, 2007 because the Chamber lacked competence to decide on the matter.<sup>216</sup> The stated purpose of the petition was precisely to obtain an interpretation of Article 22 “to determine whether [Article 22] established or not the consent necessary to allow foreign investors to initiate international arbitrations against the Venezuelan State” (p. 2).

The petitioners expressed that they were not asking for the Constitutional Chamber to declare Article 22 unconstitutional, a matter that they said, had been resolved in Decision N° 186 of February 14, 2001. Instead, they argued that “one thing is that the Article at issue is constitutional and another very different is that such Article establish a general and universal consent to allow any foreign investor to request that its disputes with the Venezuelan State be resolved by means of international arbitration, a matter with respect to which the wording of the Article is not clear” (p. 2). Accordingly, the petitioners formulated before the Court the following specific questions:

“Does Article 22 of the Law on the Promotion and Protection of Investments contain the arbitral consent by the Venezuelan State in order for all the disputes that may arise with foreign investors to be submitted to arbitration before ICSID?

In case of a negative [answer] (*sic*), what is the purpose and use of Article 22 of the Law on the Promotion and Protection of Investments?” (p. 2).

In Decision N° 609 of April 9, 2007, the Constitutional Chamber ruled that it had *no* competence to decide on the interpretation of Article 22 of the Investment Law, which corresponded to the attributions of the Politico Administrative Chamber of the Tribunal (p. 12-13). This was a ratification of the Constitutional Chamber’s position that it had no competence to decide petitions of interpretation of statutes in an isolated way; its competence being limited to petitions of interpretation of the Constitution and of instruments within the “block of constitutionality,” and of statutes but as a consequence of interpreting constitutional provisions.

---

<sup>216</sup> Available at available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/609-090407-07-0187.htm>.

In the case, the Constitutional Chamber concluded that the matter referred to in the Investment Law was “a matter of public law, on the relations (in this case, the solution of controversies) derived from foreign investments in the Venezuelan State, which means that competence, according to the subject-matter, corresponds to the Politico-Administrative Chamber of this Supreme Tribunal, on the basis of number 6 of article 266 of the Constitution and number 52 of article 5 of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice.”

Accordingly, the Constitutional Chamber ordered that the file be transferred to the Politico-Administrative Chamber of the same Supreme Tribunal of Justice.

*C. The third attempt, in 2007, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law*

The case on the interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law, rejected by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, was sent to the Politico Administrative Chamber of such Tribunal was decided through Decision N° 927 of June 5, 2007,<sup>217</sup> but the Tribunal failed to decide on the matter by declaring the request inadmissible because the petitioners lacked standing.

The Politico-Administrative Chamber reasoned that the petitioners failed to demonstrate the existence of a particular juridical situation affecting them in a personal and direct way that could justify a judicial decision on the scope and application of Article 22 (p. 14). The Politico-Administrative Chamber noted that the petitioners had based their interest only on their activities as lawyers and had not referred expressly to any personal and direct interest in the requested interpretation. The Chamber also emphasized that a petition of interpretation must not be used for mere academic purposes (p. 15).

---

<sup>217</sup> Available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00927-6607-2007-2007-0446.html>.

D. *The fourth and final attempt, in 2008, to obtain a different interpretation of Article 22 of the Investment Law*

After the aforementioned failed attempts by various individuals to obtain judicial decisions interpreting Article 22 of the 1999 Investment Law, in a different way to its text, it was the Republic itself, which through the Attorney general filed an action obtaining a “custom made” judicial decision issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.

This was the decision N° 1.541 of October 17, 2008, issued in response to a petition of interpretation of Article 258 of the Constitution filed on June 12, 2008, by representatives of the Attorney General of the Republic (Hildegard Rondón de Sansó, Alvaro Silva Calderón, Beatrice Sansó de Ramírez *et al*),<sup>218</sup> prompted by the ICSID cases against the Republic of Venezuela pending at the time the petition was filed (p. 10). Although labeled as a request for “constitutional interpretation” of Article 258 of the Constitution, the Constitutional Chamber, contradicted its previous ruling, and having no matters to interpret on the text of such article (which states: “The law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means of dispute resolution”), went on to issue a “statutory interpretation” of Article 22 of the 1999 Investment Law. As already discussed, this was a matter that the Constitutional Chamber itself had acknowledged to be within the exclusive competence of the Politico-Administrative Chamber.

The Constitutional Chamber’s 2008 “custom made” decision, which was highly criticized,<sup>219</sup> was issued containing an “obligatory

---

<sup>218</sup> Available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>. It was also published in Official Gazette N° 39.055 of November 10, 2008. In this chapter, when referring to the Decision N° 1541 of 2008, I will quote the pages of the version published in the web site of the Supreme Tribunal.

<sup>219</sup> See for example Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°

interpretation” (*interpretación vinculante*) of Article 258 of the Constitution, although ostensibly it was an interpretation of Article 22 of the Investment Law.

The Constitutional Chamber did not confirm that Article 22, by itself, does not constitute a general offer to submit disputes to international arbitration before ICSID, and basically changed the sense of the provision, depriving it of its content in a certain way pretending to “revoke” the unilateral expression of consent of the State to go to international arbitration it contained, without a formal reform of the statute which of course has no legal effect.<sup>220</sup> By doing this, it left without meaning the last part of the provision, the one that allows the investors to opt to go to arbitration or to resort to the national courts.

In effect, in the 2008 Decision N° 1.541<sup>221</sup> the Supreme Tribunal admitted that it is possible for a State to express its consent to submit the resolution of disputes to international arbitration in a statute (pp 34-38), issuing it in a judicial process developed without input from any parties other than the Government, accepting the Government’s opinion that Article 22 does not have that effect.

---

147, Caracas 2009, pp. 347-368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., pp. 180-193.

<sup>220</sup> See the comments on the inefficacy of such revocation without reforming the Law regarding international arbitration, in Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” in Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Universidad Pontificia Javeriana, Instituto peruano de Arbitraje, Bogotá 2011, Vol. II, pp. 858-859.

<sup>221</sup> See in general, the comments on this Decision in Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” *loc. cit.* pp. 347-368.

The Constitutional Chamber decided the matter in a very unusual, abbreviated proceeding within only 120 days (including 30 days of judicial vacation) and without any adversarial hearings. The petition was filed on June 12, 2008, and it was notified to the Constitutional Chamber on June 17, 2008. Only one month later, on July 18, 2008, the Chamber issued a Decision admitting the petition, after omitting the oral hearing on the ground that it was a “merely legal” matter. The Constitutional Chamber set a maximum term of 30 days to decide the case, which would begin to count five days after a newspaper notice giving interested parties five days to file their arguments.<sup>222</sup> The newspaper notice was published on July 29, 2008. On September 16, 2008, three individuals filed arguments as third parties (*escrito de coadyuvancia*), but their participation was denied by the Constitutional Chamber on grounds of lack of standing.<sup>223</sup> The final decision in the case was issued one month later, on October 17, 2008.

In the Venezuelan judicial review system, the recourse of constitutional interpretation was accepted by the jurisprudence of the same Constitutional Chamber for the sole purpose of interpreting *obscure, ambiguous or inoperative* constitutional provisions. As aforementioned, Article 258 required no such interpretation, as it can be confirmed from its own text (“*The law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means of dispute resolution*”) in which there is nothing obscure, ambiguous or inoperative. As was pointed out by J. Eloy Anzola, in his comments on the decision, it was obvious that the representatives of the Republic when filing its request for interpretation, “did not hide the real intention of the recourse” that was to obtain “the interpretation of legal norm instead of a constitutional one,”<sup>224</sup> in the sense “that Article 22 of the Investment Law does not contain such consent. It is there where the decision is heading.” (pp. 73-74).

---

<sup>222</sup> *Id.*, p. 8.

<sup>223</sup> Decision N° 1541 of 2008, pp. 5-7.

<sup>224</sup> See J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” in *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, pp. 64 ff.

Therefore, as there was nothing obscure, ambiguous or inoperative in this provision, it is obvious that the real purpose of the petition of constitutional interpretation filed by the representatives of the Republic of Venezuela was not to obtain a clarifying interpretation of Article 258, but to use their petition as a vehicle for obtaining an interpretation of Article 22 of the Investment Law in the sense that it did not contain the State's unilateral consent to arbitration. In particular, the Republic of Venezuela requested a declaration that "article 22 of the 'Investment Law' may not be interpreted in the sense that it constitutes the consent of the State to be subjected to international arbitration" and

"that Article 22 of the Investment Law does not contain a unilateral arbitration offer, in other words, it does not overrule the absence of an express declaration made in writing by the Venezuelan authorities to submit to international arbitration, nor has this declaration been made in any bilateral agreement expressly containing such a provision [ ... ]."<sup>225</sup>

The Constitutional Chamber noted that the 1999 Constitution allows the Republic of Venezuela to give its unilateral consent to have disputes, particularly disputes regarding foreign investments, resolved by international arbitration,<sup>226</sup> and subsequently went on to interpret Article 22 of the Investment Law and concluded, as the Representatives of the Republic of Venezuela had requested, that this provision did not constitute such an expression of unilateral consent.<sup>227</sup>

There have been numerous critics of this decision in the sense that the petition did not referred to Article 258 of the Constitution but was an improper request to interpret Article 22 of the Law.<sup>228</sup> In addition,

---

<sup>225</sup> Decision N° 1541 of 2008, p. 9.

<sup>226</sup> Decision N° 1541 of 2008, pp. 32, 40.

<sup>227</sup> Decision N° 1541 of 2008, pp. 48-53.

<sup>228</sup> See the critics mentioned in Eugenio Hernández Bretón, "El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano," in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Victorino Tejera Pérez, "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study," pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, *cit.*, pp. 180-193.

Magistrate Pedro Rafael Rondón Haaz, who dissented from the Constitutional Chamber decision to admit the petition, also dissented from 2008 Decision N° 1.541, stressing that the Constitutional Chamber acted *ultra-vires* when engaging in the interpretation of a statutory provision (Article 22) (pp. 56-59). He reiterated his earlier dissent and stated that:

-*Article 258* does not raise any reasonable doubt. It does not require a clarifying interpretation because it only contains a request directed to the Legislator in order to promote arbitration.

-The petition of interpretation at issue had the purpose of obtaining from the Constitutional Chamber a “legal opinion” by means of an *a priori* judicial review process that does not exist in Venezuela. It sought the exercise of a legislative function by the Constitutional Chamber.

-The decision of the majority does not interpret or clarify Article 258 of the Constitution because this clear provision does not give rise to any doubts.

-The Constitutional Chamber exceeded its competence when it engaged in the interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law. The interpretation of statutory provisions is of the exclusive competence of the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.

-The Constitutional Chamber contradicted its own jurisprudence and exceeded its powers of constitutional interpretation, as well as its powers of judicial review concerning international treaties.

The dissenting Magistrate correctly noted that the Constitutional Chamber in interpreting Article 22 exercised a “legislative function” by providing, through an *a priori* judicial review procedure, rules that the Legislature must follow in the future in order to express the State’s consent to international arbitration through a statute (pp. 56-59). Of course, those effects are limited to the Venezuelan courts, that is, the effects of 2008 Decision N° 1.541 under Venezuelan law do not affect the powers of an ICSID tribunal to interpret Article 22 independently in ruling on its own jurisdiction.

The political purpose of 2008 Decision N° 1.541 perhaps is the only factor that can explain its arbitrariness and lack of coherence and logical



legal analysis. By its own admission, the Constitutional Chamber was operating on the understanding that it was bound to further the interests of the State. (p. 41) (“national sovereignty and self-determination ...oblige the organs of the Government to establish the most favorable conditions for the achievement of the interests and purposes of the State”). The Court betrayed its prejudice against the impartiality of arbitral jurisdiction, noting that “settlement of disputes will be made by arbitrators who [,] in [a] considerable [number of] cases[,], are related to and tend to favor the interests of multinational corporations, thus becoming an additional instrument of domination and control of national economies [...]” and adding that “it is somewhat unrealistic simply to make an argument of the impartiality of arbitral justice.” (p. 24). Given these statements, the decision was neither objectively reasonable or neutral nor was it in any way reliable.

The following year, the Supreme Tribunal of Justice officially “responding” to criticisms formulated by Luis Brito García<sup>229</sup> against the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal decision N° 97 of February 11, 2009 in which the Tribunal dismissed a recourse for the interpretation of Articles 1 and 151 of the Constitution filed by Fermín Toro Jiménez and the same Luis Brito García, published a “Press Communiqué (*Boletín de Prensa*) on its web site on June 15, 2009 (“*Author: Prensa TSJ*”).<sup>230</sup> In this Press Communiqué the Supreme Tribunal decided to express some conclusions on the scope of previous decisions adopted by the Constitutional Chamber, without any sort of request made by anybody, without any constitutional process and without any parties or contradictory procedure. It was then a “decision” issued by means of a “Press Communiqué,”<sup>231</sup> in which the Supreme

---

<sup>229</sup> See Carlos Díaz, interview to Luis Britto García, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La Razón*, Caracas 14-06-2009, published on June 20, 2009 by Luis Britto García in <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

<sup>230</sup> See in <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasde-prensa.asp?codigo=6941>.

<sup>231</sup> See Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!” in <http://www.aporrea.org/actualidad/a80479.html>. Publication date: June 21, 2009.

Tribunal referred, among other issues, precisely referred to Article 22 of the Investment Law “declared” that:

“The [Supreme Tribunal] decisions eliminate the risk that signified to interpret Article 22 of the Investment Law as an open offer or invitation of Venezuela to be submitted to the jurisdiction of other countries, as it has been tried to argue in the International Forum, by subjects with interest’s contrary to the Bolivarian Republic of Venezuela, as is the case of the big energy transnational.”

This “Press Communiqué” is not a proper judicial decision and does not have force of law.<sup>232</sup> In addition, it confuses submission to an international tribunal with submitting a dispute to “the jurisdiction of other countries.”

The “custom-made” Decision N° 1.541 can only be fully understood by taking into account that unfortunately the Judicial Branch in Venezuela and in particular, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, are subject to political interference in all politically sensitive cases. Since 1999, the independence of the Venezuelan Judiciary has been progressively and systematically dismantled, resulting from the tight Executive control over the Judiciary, and especially of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.<sup>233</sup> Since

---

<sup>232</sup> See, e.g., Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” in Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2d. ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357.

<sup>233</sup> Since 2004, and from the academic point of view, I have systematically studied this situation. See for instance, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)” in *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; “La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)” in *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, available at [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com), (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 550, 2007) pp. 1-37; Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University

2000, the appointment of Magistrates to the Supreme Court of Justice have been conducted in an unconstitutional manner and in a way that violates the citizens' right to political participation,<sup>234</sup> to a point that the President himself admitted his own influence on the Supreme Tribunal, when he publicly complained that the Supreme Tribunal had issued an important ruling in which it “modified” a Law in 2007, without previously consulting the “leader of the Revolution,” and warning courts against decisions that would be “treason to the People” and “the Revolution.”<sup>235</sup> One important expression of this executive control on

---

Press, 2010, pp. 226-244; “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial””, in *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012; and “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42.

<sup>234</sup> See for instance, what was publicly expressed by the Representative head of the Nomination Committee of magistrates in *El Nacional*, Caracas December 13, 2004. The Inter-American Commission on Human Rights suggested in its Report to the General Assembly of the OAS for 2004 that “These provisions of the Organic Law of the Supreme Court of Justice also appear to have helped the Executive manipulate the election of judges during 2004.” See Inter-American Commission on Human Rights, *2004 Report on Venezuela*, par. 180, available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/cap.5d.htm>. See Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas” in *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Year 5, N° 5-2005, San Jose, Costa Rica 2005, pp. 76-95, available at [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com), (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 469, 2005) pp. 1-48.

<sup>235</sup> See the President’s speech identifying the alleged “treason” of judicial decisions taken “behind the back of the Leader of the Revolution” in *Discurso*

the Supreme Tribunal of Justice occurred in 2010, after an illegitimate “reform” of Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice by means of its “reprinting” due to a supposed printing error,<sup>236</sup> allowing the appointment of new Magistrates of the Tribunal without the input of the Nominating Committee established in the Constitution, before the new National Assembly elected in September 2010 convene in January 2011.<sup>237</sup> With this legal “reform”, the National Assembly proceeded to fill the Supreme Tribunal of Magistrates with individuals who did not comply with the constitutional conditions to be Magistrate.<sup>238</sup>

Unfortunately, the political control over the Supreme Tribunal of Justice has permeated to all the judiciary, due mainly to the fact that in Venezuela, it is the Supreme Tribunal that is in charge of the government and administration of the Judiciary. This has affected gravely the autonomy and independence of judges at all levels of the Judiciary, which has been aggravated by the fact that during the past decade the Venezuelan Judiciary has been composed primarily of temporary and provisional judges, without career or stability, appointed

---

en el Primer Encuentro con Propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela desde el teatro Teresa Carreño (Speech in the First Event with Supporters of the Venezuela United Socialist Party at the Teresa Carreño Theatre), March 24, 2007, available at [http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/13788/pri-mer\\_encuentro\\_con.html](http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/13788/pri-mer_encuentro_con.html), p. 45. The decision to which he is referring specifically is the Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 301 of February 27, 2007 (Case: Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio) (Exp. N° 01-2862) (Official Gazette N° 38.635 of March 1, 2007) in *Revista de Derecho Público*, N° 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 170-177.

<sup>236</sup> See the comments of Víctor Hernández Mendible, “Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre de 2010,” y Antonio Silva Aranguren, “Tras el rastro del engaño, en la web de la Asamblea Nacional,” in *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 110-113.

<sup>237</sup> Hildegard Rondón de Sansó, who was Magistrate of the former Supreme Court of Justice, regarding such reform, has said that “the Nomination Judicial Committee was unconstitutionally converted into an appendix of the Legislative Power.” See Hildegard Rondón de Sansó, “Obiter Dicta. En torno a una elección,” in *La Voce d’Italia*, Caracas, December 14, 2010.

<sup>238</sup> See Hildegard Rondón de Sansó, “Obiter Dicta. En torno a una elección,” in *La Voce d’Italia*, 14-12-2010.

without the public competition process of selection established in the Constitution, and dismissed without due process of law, for political reasons.<sup>239</sup> The fact is that, in Venezuela, no judge can adopt any decision that could affect the government policies, or the President's wishes, the state's interest, or public servants' will, without previous authorization from the same government,<sup>240</sup> That is why the Inter-American Commission on Human Rights in its *2009 Annual Report*: "The lack of judicial independence and autonomy vis-à-vis political power is, in the Commission's opinion, one of the weakest points in Venezuelan democracy."<sup>241</sup> It is within the aforementioned context that the Government's 2008 request to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal must be viewed.

Without doubt, the 2008 Decision N° 1.541 was the product of a politically influenced judiciary that was called upon by the Republic of Venezuela to try to bolster its position in pending ICSID cases. The Constitutional Chamber acted *ultra vires* when it undertook to interpret Article 22 of the 1999 Investment Law at the request of the Government of the Republic,<sup>242</sup> because the Politico-Administrative Chamber has exclusive competence (*competencia*) to interpret statutes by means of a recourse of interpretation of statutes; and to interpret such article with the excuse of interpreting Article 258 of the Constitution that needs no interpretation at all.

---

<sup>239</sup> See Inter-American Commission on Human Rights, *Report on the Situation of Human Rights in Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 4 rev. 2, December 29, 2003, par. 174, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>.

<sup>240</sup> See Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas 2008, p. 14.

<sup>241</sup> See in ICHR, *Annual Report 2009*, paragraph 483, available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

<sup>242</sup> See Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes," in *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 187-196.

3. *The incorrect interpretation adopted by the Supreme Tribunal of Justice in 2008 at the request of the Government*

The consequence of the Government's request was that the Supreme Tribunal of Justice through its Constitutional Chamber in Decision 1541 of October 17, 2008, ruled that Article 22 of the 1999 Investment Law only recognizes international arbitration where the treaty or agreement itself contains an obligatory submission to arbitration arguing that while the ICSID Convention provides a mechanism for international arbitration, it did not itself provide for the arbitration of any dispute without the separate instrument of consent (pp. 45-48). This is contrary to the wording of the Article, the connection of the words used in it, considering the whole of its text, and the intention of the National Executive when enacting the Law.

In particular, to interpret the expression "if so provides" in Article 22, in the sense if the respective treaty or agreement provides according to its terms, that the dispute shall be submitted to international arbitration, meant to ignore the final provision of the Article in which a right was given to the international investor to unilaterally opt for international arbitration or to resort before the national courts. The disclaimer of the last phrase of the Article, which the Constitutional Chamber did not even consider, with its interpretation resulted without any meaning, when considering that the condition set forth in the provision was referred to the need for a consent to be necessarily established in the respective treaty or agreement. This is particularly so because interpreting "if it so establishes" as an equivalent of "if the ICSID Convention establishes consent" turned this phrase into an impossible condition (a condition that cannot be fulfilled), depriving Article 22 of any meaningful effect.

In addition, the interpretation of the condition included in Article 22 of the Investment Law adopted by the Supreme Tribunal of Justice was fundamentally flawed. It was incorrect to interpret "if it so establishes" as a requirement that the State's consent that was already given in the Law needed to be incorporated in the ICSID Convention, because "so" cannot refer to a term ("consent") that was not used in the preceding sentence containing the command ("shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or

agreement”). It was unreasonable to interpret Article 22, as looking to the ICSID Convention to supply the consent that Article 22 itself purports to supply.

The final part of Article 22 (“without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect”) was a confirmation that Article 22 was an expression of consent to arbitration, in the sense that it indicated that the unilateral expression of consent of Article 22 did not have the effect of preventing the investor from using domestic litigation remedies. On the contrary, it confirmed the unilateral consent given by the State as an open offer that could be accepted or not, at his will, by the investor. If Article 22 was a mere declaration of the State’s willingness to agree to arbitration in a separate document as opposed to a firm expression of consent to arbitration by the State, there would have been no need to disclaim that Article 22 did not prevent the investor from resorting to domestic remedies.

Consequently, the Supreme Tribunal of Justice decision regarding the reading of Article 22 ignored the condition included by the Legislator, and most important, the very right given to the international investor to make a choice which was a result clearly impermissible under either Venezuelan or international legal principles.

On the other hand, the Decision N° 1541 of 2008 (p. 48) attempted to show that interpreting Article 22 as expressing the State’s consent to international arbitration would have been “unacceptable” in any legal order. Those attempts missed the mark and showed an internal contradiction in the decision. While on the one hand the Constitutional Chamber conceded that a State could express its consent unilaterally and generically in investment legislation (p. 44) a method of consent that is clearly allowed in the ICSID Convention and is firmly established in international practice, on the other hand, the Chamber offered arguments that amount to denying that very same point. In particular, the Decision N° 1541 of 2008 argued that, if Article 22 was interpreted as a general offer of consent and that offer was accepted by an investor, a wide range of matters within the scope of the statute would automatically (*de pleno derecho*) be submitted to arbitration, without the State being able to assess the benefits or disadvantages of arbitration in each case, in violation of an alleged principle of “informed” consent (p. 41). Yet this

is precisely what happens, as the intended consequence, whenever a State chooses to consent to arbitration, generically, by means of a national statute or a treaty.

In the same vein, the Decision N° 1541 of 2008 argued that to interpret Article 22 as containing “a general offer to submit disputes to the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States in matters related to foreign investment would absurdly imply that the State cannot select a forum or jurisdiction which is more convenient or favorable to its interests (Forum Shopping).” (p. 49). This is not an absurdity at all; it is the normal effect of a generic expression of consent, which is uniformly accepted under the ICSID Convention. A State that gives generic consent to arbitration in treaties or in statutes gave up the right to assess the benefits or disadvantages of international arbitration on a case-by-case basis, in exchange for the investment promotion benefits derived from a generic offer of international arbitration to foreign investors.

The Decision N° 1541 of 2008 also argued that interpreting Article 22 as a generic offer of consent would have in effect abrogated bilateral and multilateral investment treaties that provided for different dispute resolution methods, because investors protected by those treaties could have invoke the most-favored-nation clause (MFN) contained in them to take advantage of ICSID arbitration, thereby avoiding the dispute resolution mechanisms provided for in the treaty (p. 49). This argument had no basis. Assuming that an investment treaty to which Venezuela was a party had an MFN clause that covered dispute settlement, and assuming that ICSID arbitration was more favorable than the dispute-settlement method contemplated in such treaty, an investor claiming under that treaty would already had the right to invoke ICSID arbitration, because the MFN clause of that treaty would have incorporated by reference the dispute-settlement provisions of other investment treaties to which Venezuela was a party, which provide for ICSID arbitration. Under the logic of the Decision N° 1541 of 2008, the treaty of the example would have been “abrogated” by the other treaties, independently of how Article 22 was interpreted, a conclusion that showed that the argument proved nothing.



Besides, the argument in the Decision N° 1541 of 2008 amounted to assert that a State cannot consent to ICSID jurisdiction by statute if it had entered into investment treaties that provided for different methods of dispute resolution, a conclusion that had no basis.

In any case, the lack of a coherent and logical legal analysis of the Decision N° 1541 of 2008 contrasted with various of its statements that made it evident that this ruling was the product of a political agenda that the Constitutional Chamber was called upon to defend. By its own admission, the Constitutional Chamber was operating on the understanding that it was bound to further the interests of the State. Most notably, the Chamber stated:

“Although the Republic and the government, in accordance with the Constitution and current law, are limited in the scope of their authority before other international law provisions based on jurisprudential principles, such as the limitations set forth in Article 13 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela “[...] territory may not be assigned, transferred, leased or in any way conveyed, even temporarily or partially, to foreign governments or other parties subject to international law [...],” also that *national sovereignty and self-determination allow and obligate the Federal Government to establish conditions which are most favorable to the interests and purposes of the State* as set forth in the Constitution.”<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> Decision N° 1541 of 2008, 40-41 (emphasis added). The protection of national sovereignty and self-determination were a constant theme informing various statements in this decision. For example, when holding that the interpretation of all laws must be made in accordance with the Constitution, the Court went on to explain that this meant “safeguarding the Constitution from all deviations in principles and separation from the political plan which is the will of the people incarnate” adding that “part of the protection and guarantee of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela therefore rests on an *in fieri*, political perspective resistant to the ideological connections with theories which could restrict it, under the pretext of universal truths, sovereignty and national self determination, as required by Article 1° *eiusdem* (...)” *Id.*, p. 40 (emphasis added). Earlier, the Decision N° 1541 of 2008 had expressed some skepticism about a generalized perception of impartiality of arbitral jurisdiction, noting that “moving the jurisdiction of the state courts to arbitration courts, in many situations, is due to the fact that

The protection of national sovereignty and self-determination were a constant theme informing various statements in the 2008 Decision N° 1.541. For example, when holding that the interpretation of all laws must be made in accordance with the Constitution, the Tribunal went on to explain that this meant “to protect the Constitution itself from any deviation of principles and from any separation from the political project that it embodies by the will of the people” adding that “part of the protection and guarantee of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela is rooted, then, in a political perspective *in fieri, disinclined toward ideological linkages to theories that may limit, under the pretext of universal validity, the national sovereignty and self-determination*, as required by article 1° *eiusdem* (...).” (p. 40). Earlier, 2008 Decision N° 1.541 expressed some skepticism about a generalized perception of impartiality of arbitral jurisdiction, noting that “the displacement of the jurisdiction from State tribunals to those of arbitration frequently occurs because the settlement of disputes will be made by arbitrators who[,] in [a] considerable [number of] cases[,] are related to and *tend to favor the interests of multinational corporations, thus becoming an additional instrument of domination and control of national economies* [...]” and adding that “it is somewhat unrealistic simply to make an argument of the impartiality of arbitral justice in detriment of the justice provided by the judicial authorities of the Judiciary, to justify the applicability of the jurisdiction of contracts of general interest.” (p. 24).

The following year, the Supreme Tribunal of Justice officially “responding” to critics formulated by Luis Brito García<sup>244</sup> against the

---

dispute resolution is conducted by arbiters which, in a number of cases, are connected to and tend to favor the interests of transnational corporations, and thus become an additional instrument of domination and control of national economies” and adding that “it is not very realistic to simply use the argument of the impartiality of arbitral justice to the detriment of justice administered by the jurisdictional branches of the Judiciary to justify the admissibility of the jurisdiction of general interest contracts.” *Id.*, p. 24 (emphasis added).

<sup>244</sup> See Carlos Díaz, interview to Luis Britto García, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La Razón*, Caracas 14-06-2009, published on June 20, 2009 by Luis Britto García in <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal decision N° 97 of February 11, 2009 dismissing a recourse for the interpretation of articles 1 and 151 of the Constitution filed by Fermín Toro Jiménez and himself (Luis Brito García), in the aforementioned “Press Communiqué (*Boletín de Prensa*),<sup>245</sup> affirmed in a way contrary to the possibility in Venezuela on any sort of international arbitration, that “any decision or arbitral ruling can be the object of judicial review if it pretend to be executed in Venezuela, as the Constitutional Chamber ruled in decisions N° 1.939/08, in the case: “*Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”, and in the decision N° 1.541/08, which at its turn was ratified in the decision N° 1.942/03.”<sup>246</sup>

4. *The insufficient interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law made by the ICSID Tribunals in the Mobil and Cemex Cases*

The matter of the interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law was also considered by the ICSID Tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, in which the tribunals did not decide that Article 22 did not constitute a standing, general consent of the Republic to arbitrate all investments dispute before ICSID.

---

<sup>245</sup> See “The immunity of Venezuela regarding foreign courts is consolidated” (Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros), 15 de junio de 2009, in <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>. See on such sort of judicial “decision,” Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa,’” in *Revista de Derecho Público*, N° 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 319-330. See on what is called an “unfortunate Press Communiqué,” Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” in Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2d. ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357

<sup>246</sup> See in <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>.

On the contrary, in the *Mobil* case, the ICSID Tribunal decided that Article 22 effectively “creates an obligation to go to arbitration,” although it refers to it as “a conditional obligation” (ICSID *Mobil* case, ¶102). This condition to which the obligation is subjected according to the decisions, results from the phrase “if it so provides” or “establishes.” The ICSID Tribunals in these two cases completely ignored the existence of the disclaimer included in the last phrase of Article 22, holding that it can be interpreted in two ways, in the sense that the treaty, agreement or convention can (i) provide “for international arbitration,” or (ii) “for mandatory submission of disputes to international arbitration” (ICSID *Mobil* case, ¶109) (“creates an obligation for the State to submit disputes to international obligation,” ICSID *Cemex* case, ¶ 101).

The ICSID Tribunals then concluded, exclusively regarding the condition established in the provision, that “both interpretations are grammatically possible” (ICSID *Mobil* case, ¶ 110; ICSID *Cemex* case, ¶102). This assertion, as aforementioned is incorrect because the second option is a denial in itself not only of the premise that the Article effectively contained a “conditional obligation,” but of the disclaimer included in the last phrase of the provision that gave the investor the right to go to arbitration or to resort to the national courts. That is, if it is true that in the first option, the existence in Article 22 of a “conditional obligation” to go to arbitration remained subject only to the condition that the treaties or agreements provided for international arbitration, the second option denied the “conditional obligation” given its requirement of “mandatory submission”. This second interpretation resulted in a tautology which is grammatically incorrect.

As aforementioned, the ICSID Tribunals also failed in their grammatical analysis to consider and analyze the last part of the Article. By ignoring it, they erased the part of the Article that precisely confirmed the existence in the Article of the “conditional obligation” to go to arbitration. This was improper under Venezuelan law because it leaved the last part of the provision to be interpreted as “meaningless.”<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> The same is true, of course, for the Brandes decision, which also did not ascribe meaning to the disclaimer.

As it has also been decided by the Venezuelan Supreme Tribunal, “it would be absurd to assume that the legislator would not try to use the most precise and adequate terms to express the purpose and scope of its provisions, or deliberately omit elements that are essential for their complete understanding.”<sup>248</sup> This means, from the stand point of the interpreter and according to a well-established principles of interpretation of statutes, that one must assume that the legislator did not deliberately draft the provision in an ambiguous way or omit elements that are essential for the complete understanding of the provision. However, one cannot ignore the words, phrases or elements that the legislator used in the provision.

On the other hand, it also is a well-established principle of statutory interpretation that the interpreter, when interpreting a statute, must reject and avoid all absurd interpretations.<sup>249</sup> As mentioned, each and every part of Article 22 had a meaning and purpose, and when interpreting it, no part could be just ignored, as occurred in the ICSID Tribunal decisions which ignored the last part of Article 22. Given the failure of the *Mobil* and *Cemex* tribunals to consider and to give any meaning to a crucial part of Article 22 that was essential for its interpretation, without interpreting the provision “in a manner compatible with the effect sought” by the State making the Law (ICSID *Mobil* case, ¶ 118), these decisions failed to properly interpret the provision in accordance with Venezuelan or international law. In the end, the tribunals’ conclusions were issued for the purpose of those cases (and only those cases).

---

<sup>248</sup> Decision N° 4 of November 15, 2001 (Carmen Cecilia López Lugo v. Miguel Ángel Carpiles Ayala et al. case), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RECL-0004-151101-99003-99360.htm>.

<sup>249</sup> See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.173 of June 15, 2004 (Case: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), in *Revista de Derecho Público* N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 ff.

5. *The absence of interpretation of Article 22 of the 1999 Investment Law in the ICSID tribunal Brandes Case*

In another case, the ICSID tribunal *Brandes* case, in an astonishing way and in contrast with the *Mobil* and *Cemex* cases, reached the same conclusion, but without making any effort to interpret Article 22 of the 1999 Investment Law.

Instead, the ICSID tribunal limited itself only to refer to the tools and principles for interpretation of the Article, without applying them in the case. The ICSID tribunal pointed out in its decision: (i) that Article 22 was to be interpreted beginning with the principles of the Venezuelan legal system “starting with the Political Constitution” (ICSID *Brandes* case, ¶ 36, 81) but also in accordance with the principles of international law (ICSID *Brandes* case, ¶¶36, 81); (ii) that nonetheless, when applying the principles of Venezuelan law the elements of Article 4 of the Civil Code, were not to be applied together as imposed by the Venezuelan Article 4 of the Civil Code, but in a lineal way, beginning with the grammatical analysis (ICSID *Brandes* case, ¶35); (iii) that Article 22 of the Investment Law was required to be interpreted taking into account its relationship with “other legal norms of the Republic” (ICSID *Brandes* case, ¶ 30, 35, 97); and (iv) that it was essential for the Tribunal to analyze other Articles of the Investment Law constituting the immediate context for Article 22 (ICSID *Brandes* case, ¶ 88).

After announcing all these tools and principles of interpretation, but without applying any one of them to the case, the Tribunal issued its decision without analyzing the text of the Article, the words it contains, and the relationship of the words used in it to each other. In addition, the Tribunal did not establish the relationship between the words used in the Article within the content of its entire text, including the last phrase of the disclaimer. That is, the Tribunal, without making any effort to even take the first step announced in the decision, defined as the “purely grammatical analysis” (ICSID *Brandes* case, ¶ 35), and without any reasoning and motivation, just concluded that “the wording of Article 22 of the LPPI is confusing and imprecise, and that it is not possible to affirm, based on a grammatical interpretation, whether or not it contains the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction” (ICSID *Brandes* case, ¶ 86).

The astonishing aspect of this conclusion is that the same Tribunal concluded that it was “unnecessary to summarize” the “laborious and thorough efforts of the parties to scrutinize the meaning of Article 22” (ICSID *Brandes* case, ¶ 85).

Within the parameters of any judicial decision in the Venezuelan legal system, this decision could be considered as an unmotivated judicial one, susceptible to being annulled. It is not possible to reach a conclusion like the one expressed by the tribunal under Venezuelan law without explaining which part of the provision is “confusing,” which other part is “imprecise,” and as any tribunal of justice must do when deciding cases of justice, to make its best effort to try to explain what is imprecise in a provision, and to explain what is confusing in it. This is precisely the role that any tribunal has, not being allowed just to issue a decision without stating the reasons on which it is based.

The only minor and indirect interpretative effort the *Brandes* Tribunal made regarding Article 22 of the Investment Law referred to its “context” (ICSID *Brandes* case, ¶ 87), pointing out that the Investment Law had similarities in its structure and contents with many BITs (ICSID *Brandes* case, ¶ 89). The tribunal failed to refer to the most important similarity for the purpose of interpreting Article 22 of the Investment Law, which was the open offer as expression of consent made by the State in all BIT’s to date leaving in the hands of the international investor the right to go to arbitration or to resort to national courts. Instead, it asked only why the consent formula of the BITs was not used (ICSID *Brandes* case, ¶ 90).

A law containing a unilateral offer as expression of consent to go to arbitration, is not a bilateral treaty on investments, and despite the similarities in the structure or content of the Law with the BITs, the Law must be examined and interpreted as a unilateral effort by a Government seeking to attract investments without negotiating anything with another State (ICSID *Brandes* case, ¶ 94). In this way it differs from BITs that are negotiated between two parties. It is this distinction that the ICSID tribunal in the *Brandes* case failed to consider. It is only because it ignored the essential part of Article 22 that gave the investor the choice to resort to arbitration or to a Venezuelan court that the ICSID tribunal in the *Brandes* case then arrived to the conclusion that “Despite the similarities between the content of the LPPI and that of a BIT, the

Tribunal does not find in the Article that it has analyzed (*sic*) nor in any other Article of the LPPI (*sic*), any provision that would allow it to assert that it provides for Venezuela’s consent to ICSID jurisdiction” (ICSID *Brandes* case, ¶ 92). Of course, the Tribunal could not find the consent of the State if it ignored the right given to the investor to make a choice. The only way to understand this unfounded conclusion is then to recognize that the Tribunal, in its decision, did not actually “analyzed” in any way Article 22, or other relevant Articles of the Investment Law (such as Articles 21 and 23).

The *Brandes* tribunal also decided that it was “unnecessary, for the purpose of resolving this dispute, to establish the actual role played by Mr. Corrales in the drafting of the LPPI, his knowledge of the issue under discussion and the relevance of his publications about this issue” because “Mr. Corrales’ opinion cannot provide the basis for finding that Article 22 of the LPPI contains the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to submit to ICSID arbitration” (ICSID *Brandes* case, ¶ 103). Again, it is astonishing how the tribunal could simply and abruptly arrive at these “conclusions,” without any reasoning, analysis, and worst of all, without expressing any reason to disqualify in a general and universal way one of the two key people involved in the drafting of the Investment Law, who was put in charge of that task at the request and direction of the Government.

In the end, after extensively copying and enumerating –without analyzing them– the “valid arguments” of the parties, the ICSID Tribunal in the *Brandes* case just concluded without addressing at all the “fundamental” issue, that it “has not found anything that may lead it to depart from the conclusions arrived at by those tribunals [in the *Cemex* and *Mobil* cases] with respect to the specific matter at issue here” (ICSID *Brandes* case, ¶ 114). In the following Paragraph the Tribunal copied the final ruling in those cases (ICSID *Brandes* case, ¶ 115), in which those Tribunals had concluded that Article 22 did “not provide a basis for the jurisdiction of the Tribunal *in the present case*” (ICSID *Mobil* case, ¶ 140; ICSID *Cemex* case, ¶ 138), without pretending to preclude or prejudice other cases. Nonetheless, the ICSID Tribunal in the *Brandes* case, without any reasoning, arguments, and without explaining any “findings in the paragraphs” of its decision, went further, proclaiming in a general and universal way, and not only for the “present



case,” that “it is obvious that Article 22 of the Law on Promotion and protection of Investments does not contain the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to ICSID jurisdiction” (ICSID *Brandes* case, ¶ 118). This decision, at least from the point of view of the general standard rules governing judicial decisions in internal law, failed to state the reason on which it was based, that is, it lacked foundation.

The ICSID tribunals in the three decisions, concluded that in cases of unilateral obligations like the one included in article 22 of the Investment Law, derived from the supposed existence of an ambiguity regarding the condition established that could have two possible grammatical interpretation, it was compulsory, after analyzing the principle of effect utile (ICSID *Mobil* case, ¶ 112 ff; ICSID *Cemex* case, ¶ 104), to seek for the “effect sought by the State” when enacting the Law “), which could only be determined establishing the “intention of the State when adopting article 22” (ICSID *Mobil* case, ¶ 118, 119; ICSID *Cemex* case, ¶ 111, 112). Examining the evidences filed in those cases regarding the intention of the State, and bearing in mind the “general evolution in favor of BITs regarding arbitration in the country,” the tribunals concluded that they could not draw “the conclusion that Venezuela, in adopting Article 22, intended to give in advance its consent to ICSID arbitration in the absence of such BITs” (ICSID *Mobil* case, ¶ 131; ICSID *Cemex* case, ¶ 126); and “that the legislative history of Article 22 did not establish that, in adopting the Investment Law, Venezuela intended to consent in general and in advance to ICSID arbitration” (ICSID *Mobil* case, ¶ 138; ICSID *Cemex* case, ¶ 135). The *thema decidendum* eventually was referred to evidence in order to establish the intention.

Our purpose in the following parts is precisely to analyze this matter of the intention of the State when the Government included its consent for international arbitration in article 22 of the Investment Law, within the general trend prevailing at the time in favor of arbitration.

## VII. THE PRO-ARBITRATION PUBLIC POLICY DEFINED BY THE GOVERNMENT IN 1999, REFLECTED IN THE 1999 CONSTITUTION

### 1. *The pro-arbitration trend of all the legislation enacted in 1999*

The enactment of the 1999 Investment Law was the result of a defined economic policy of the new government that began in February that year. It was intended to attract investments, and particularly, foreign investments.

For such purpose, regarding the origin and intent of the 1999 Investment Law, President Hugo Chávez, who was first elected in December 1998 and took office on February 2, 1999, requested the Congress to sanction an Organic Law enabling him (the President of the Republic) to enact a group of statutes on matters related to Public Administration, Finance, Taxation and the Economy, and regarding the latter, in order to promote, protect and encourage investment in the country.

Consequently, following the draft submitted by same National Executive, a few weeks later, on April 1999, the Congress sanctioned the enabling Organic Law of April of that year 1999.<sup>250</sup> This law authorized the President of the Republic not only to “enact provisions in order to promote the protection and promotion of national and foreign investments with the purpose of establishing a legal framework for investments and to give them greater legal security” (Article 1.4.f); but also to “reform the decree-Law on Public Works and National Public Utilities Concessions to stimulate private investments” for both existing and prospective projects (Art. 1.4.h) and to issue the necessary measures for the exploitation of gas, modernizing the legislation on the matter (Art. 1.4.i).

---

<sup>250</sup> See Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés iúblico (Organic Law Authorizing the President of the Republic to Issue Extraordinary Measures in Economic and Financial Matters Required by the Public Interest), in *Official Gazette* N° 36.687 of April 26, 1999.

It was the National Executive that defined the economic policy of the country focused on the promotion and protection of investments in general, and on matters of public works and public utilities, hydrocarbons, gas and mines, for which purpose it received a very wide and comprehensive legal authorization to enact statutes by means of delegate legislation. It was precisely within this legislative authorization that the Executive Power issued the Decree Law containing the 1999 Investment Law, as well as many other Decree Laws all of which were issued by the President of the Republic, not “exercising the power vested in him by the new Political Constitution”, as erroneously asserted in the *Brandes* case decision (ICSID *Brandes* case, ¶ 25), but based on a “legislative delegation” granted according to the 1961 Constitution. The new 1999 Constitution was sanctioned after the April 1999 Enabling Law and after the Investment Law was approved.

A month after the August 1999 Supreme Court of Justice decision rejecting the challenge to the Legislative Conditions defined for the Hydrocarbons Association Agreements was published,<sup>251</sup> the President of the Republic proceeded to enact four important Decree Laws executing the provisions of the Enabling Law already mentioned, containing statutes on matters of investments (Articles 1.4.f.; 1.4.h; 1.4.i; and 1.4.j), and in all of them, providing for arbitration as a means for the solution of disputes between the State and private persons.<sup>252</sup> Of these four authorizations, three Decree Laws –those regarding Gassed Hydrocarbons, Promotion and Protection of Investments through Concessions and the Investment Law– were of particular importance.

---

<sup>251</sup> See in Allan R. Brewer-Carías (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 available at <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-efb849fea3/Content/I,%202,%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf>, p. 25

<sup>252</sup> See *Official Gazette* N° 5.382 Extra of September 28, 1999 (controversies concerning mining titles may be arbitrated). The other three laws are the laws concerning Gassed Hydrocarbons, the Promotion and Protection of Investments through Concessions and the Investment Law.

In the Law on Gassed Hydrocarbons,<sup>253</sup> Article 127 of the 1961 Constitution that provided that in all the licenses given to private persons in order to execute activities of exploration and exploitation of gassed hydrocarbons, a clause shall be deemed to be included (even if not expressed in writing), establishing that “the doubts and controversies of any kind that may arise resulting from the license, and that could not be resolved amicably by the parties, *including by arbitration*, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws, not being able to give rise by any motive or cause to foreign claims” (Article 25.6.b). This Law expressly recognized the possibility to submit to arbitration disputes on matters relating to licenses given by the State for the exploration or exploitation of non-gas hydrocarbons.<sup>254</sup>

In the Law on the Promotion of Private Investments through the Regime of Concessions,<sup>255</sup> the President provided that the parties, in public concessions contracts:

---

<sup>253</sup> Decree Law N° 310 of September 12, 1999, *Official Gazette* N° 36.793 of September 23, 1999.

<sup>254</sup> Other commentators have agreed with this interpretation of the Law. See, e.g., J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p.419) (“We must presume that it was made with the clear intention of admitting arbitration as a mean of solution of conflicts in the exploration and exploitation contracts according to the constitutional text ...in order to incentivize private participation that without doubt will be more comfortable seeking justice before an arbitral tribunal without the need to resort to local tribunals.”).

<sup>255</sup> Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Official Gazette* N° 5.394 Extra. of October 25, 1999. See Diego Moya-Ocampos Pancera and Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. See in general on this Law, Alfredo Romero Mendoza “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, in Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

“can agree in the respective contract to submit their differences to the decision of an Arbitral Tribunal, whose composition, competence, procedure and applicable law shall be determined by mutual agreement, in conformity with the provisions applicable on the matter.”

This pro-arbitration disposition of the government in the sensitive area of public contracts of concessions for public works and public utilities was subsequently re-affirmed by a number of Venezuelan court decisions.<sup>256</sup>

The third statute establishing arbitration enacted by the President of the Republic using the delegated legislation powers was precisely the Decree-Law N° 356 of October 13, 1999, on the Law on the Promotion and Protection of Investments. As aforementioned, this law contained consent to arbitration in a number of places in the text: first, Article 21 (state-to-state arbitration); second, in Article 22 (international arbitration or national litigation with an international investor); and third, Article 23 (national litigation or arbitration with a national or international investor). In these last two cases, the consent of the State to submit disputes to arbitration was expressed in the Law, and it was for the investor –as its right– to decide to go to arbitration or to the national courts.

As demonstrated in the aforementioned legislation, without doubts, the prevailing attitude of the Government in 1999 regarding the solution of disputes on matter of investments was, a pro-arbitration one; which was confirmed not only by the parallel discussion during August-November 1999 on the matter of the State’s obligation to promote arbitration contained in the new Constitution, but also by the text submitted by the President of the Republic himself to be included in the new Constitution.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> See for example the summary in Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, pp. 12, 28, 29, 155.

<sup>257</sup> I was a Member of the National Constituent Assembly that was responsible for drafting many aspects of the new Constitution in 1999. In that capacity, I contributed to the drafting of the 1999 Constitution, and in particular, the drafting of Article 151 which establishes the possibility for arbitration in

2. *The pro-arbitration trend of the 1999 Constitution and the bizarre proposal submitted to the Constituent Assembly by President Chávez in 1999*

The 1999 Constitution incorporated arbitration as an alternative means of adjudication and as a component of the judicial system (Article 253), requiring the State in article 258, to promote it, in particular through legislation (“The law shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means of dispute resolution”);<sup>258</sup> and guarantying arbitration as a fundamental right.<sup>259</sup> The text of the Constitution itself imposes upon all the organs of the State the duty to promote arbitration, establishing as a constitutional (fundamental) right of the citizens the ability to submit disputes to arbitration. All of this confirms that, at the time, there was no prevailing “culture of hostility” to arbitration. On the contrary, the 1999 Constitution, the laws sanctioned by the new Government in 1999, the legal system as a whole,

---

public contracts, rejecting the project proposed by the President of the Republic. See on the discussion of my contributions to the National Constituent Assembly’s drafting of the 1999 Constitution in Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, 3 Vols., Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999. Available at <http://allanbrewercarias.com/>

<sup>258</sup> On the recognition of arbitration as an alternative means of adjudication in the 1999 Constitution, and the promotion of arbitration as a constitutional obligation of all organs of the State, see Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” *loc. cit.*, p. 27; 2008 N° 1.541 Decision, (p. 11); Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 186 of February 14, 2001 (Case: Constitutional Challenge of Articles 17, 22 and 23 of the 1999 Investment Law, Fermín Toro Jiménez and Luis Brito García).

<sup>259</sup> On arbitration as a fundamental right, see Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” *loc. cit.*, pp. 25, 27-28 (noting the 1830 Constitution provides that arbitration is a citizens’ fundamental right). In the same sense, J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” in Irene Valera (Coord.), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.

and the international instruments to which Venezuela was a party, embraced and promoted arbitration.<sup>260</sup>

The project submitted by President Chávez to the National Constituent Assembly in August 1999 proposing the text of an Article to replace Article 127 (current Article 151 of the 1999 Constitution), contrary to any assumed “restrictive” character regarding arbitration, was excessively permissive towards international arbitration.<sup>261</sup> That was precisely the reason for this author, as member of the National Constituent Assembly, to oppose firmly such proposal, and instead to propose to include in the new Constitution the same text of Article 127 of the 1961 Constitution.<sup>262</sup> Fortunately my proposal prevailed in the current Article 151 of the 1999 Constitution, which in any case was not really debated.

Because it was coherent with the pro-arbitration trend of the various Decree Laws issued by President Chávez in September 1999, including the Investment Law provisions of Articles 21, 22 and 23, President Chávez was at the same time proposing to reduce the jurisdictional immunity principle only to be applied in contracts entered by the “Republic” (and not by the States, Municipalities and decentralized public entities). Such contracts are almost inexistent (almost all public

---

<sup>260</sup> ICSID arbitration continued to be incorporated in the bilateral treaties for promotion and protection of investments signed and ratified after 1999. See for instance Venezuela-France Bilateral Investment Treaty in *Official Gazette* N° 37.896 of March 11, 2004.

<sup>261</sup> See Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999. See also the quotations of the proposal of President Chávez in Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 150. Sansó finds that from such proposal is not possible to deduct that the intention was to open the doors to international arbitration, p. 151.

<sup>262</sup> The notion of “contracts of public interest” was fixed in the same Constitution (Article 126) as comprising “contracts of national, states and municipal public interest.” That is, contracts of public interest not only entered by the Republic, but also by the States and by the Municipalities, as well as by public national, states and municipal entities (public corporations and public enterprises). See Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 28 ff.

contracts are entered by decentralized public entities), except on matters of public external debt. It was only regarding those contracts that the Republic, and only the Republic (not the states, the municipalities, the public corporations or the public enterprises), as proposed by Chávez, would never agree to submit to foreign jurisdictions in a contract of public interest. Nonetheless, regarding public contracts entered by other entities of the State (that are the overwhelming majority of public contracts) and regarding international treaties or agreements and national laws providing for international arbitration, President Chávez significantly proposed to eliminate all limits to arbitration, allowing arbitration without even the consideration of the “nature” of the contract or the matter involved. From this, the proposal of President Chávez makes clear that Venezuela had all the intention to make an open and unlimited offer to arbitrate disputes in an international forum; that is, the Government at the time effectively intended to provide a general, open-ended consent to submit to arbitration in all investment’s disputes.

In order to realize these assertions, it is important to really understand the consequences that President Chávez's proposal would have had, by comparing the text of Article 127 of the 1961 Constitution (maintained as Article 151 of the 1999 Constitution), with the proposal of Chávez:

*Article 127.1961 Constitution:* “In contracts of public interest, unless inappropriate according with their nature, a clause shall be deemed included even if not been expressed, according to which the doubts and controversies that may arise on such contracts and that could not be resolved amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws and could not give rise by any motive or cause to foreign claims.”

*Article proposed by President Chávez:* “In contracts entered into by the Republic that are of public interest, a clause shall be deemed included even if not expressed, according to which the doubts and controversies that may arise on such contracts, shall be decided by the competent courts of the Republic in accordance with the laws.”<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> See Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de Venezuela*, August 5, 1999.



The proposal submitted by President Chávez was extremely bizarre and inappropriate regarding the principle of immunity jurisdiction of the State. The proposal meant that in contracts entered by all other public entities or juridical persons (as distinct from the Republic), such as the states, the municipalities, the autonomous institutions and other juridical persons of public law as well as by any public enterprises, no limit would exist regarding any matter related to the principle of immunity jurisdiction. President Chávez proposed provision was more liberal than the provision in the 1961 Constitution, only including those contracts entered by the “Republic” itself, and not by decentralized public entities.

Second, the proposal of President Chávez implied the complete elimination from the Constitution of the more than a century old “Calvo clause,” admitting in consequence the possibility that public interest contracts could give rise to foreign diplomatic claims against the Republic. From his proposals one cannot conclude that President Chávez was “opposed” to international arbitration. On the contrary, with such proposal, as I argued in the debate in the National Constituent Assembly in September 1999,<sup>264</sup> he attempted to eliminate from the Constitution the restrictions on the matters of relative jurisdictional immunity.

Far from being inconceivable, the constitutional proposal of President Chávez was completely coherent with the intention to provide a general, open-ended consent to submit to arbitration in all investment’s disputes. By making his constitutional proposal at the same time that he enacted the Investment Law, President Chávez without doubt had the intention to make an open and unlimited offer to arbitrate disputes in an international forum.

---

<sup>264</sup> See Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

3. *The ratification of the pro-arbitration trend in the legislation enacted by President Chávez in 1999*

The extremely favorable trend regarding arbitration resulting from all the aforementioned Decree Laws issued by President Chávez in 1999 on matters of investments, in general, and in particular, regarding investments in administrative concessions and licenses for public works and public utilities, and in the field of gassed hydrocarbons and mines, was ratified two years later, in 2001, in a new set of Legislation that included the general admission of arbitration as a means for the solution of disputes. For example, the Organic Taxation Code of October of 2001, included a general admission of arbitration as a means for the solution of disputes between taxpayers and the State.<sup>265</sup>

Subsequently, also in 2001, arbitration was generally admitted by establishing it as a means for the solution of disputes between the State and private parties in the very important nationalized oil public sector, in cases related to the incorporation of mixed companies for the exploitation of primary hydrocarbons activities. President Chávez, through the Decree Law N° 1.510 of November 2, 2001, issued the Organic Hydrocarbons Law<sup>266</sup> in execution of a new Organic Enabling Law approved by the newly elected National Assembly in November 2000,<sup>267</sup> in which the provision of Article 151 of the 1999 Constitution was ratified. This Law provided that contracts establishing mixed companies for the exploitation of hydrocarbons, “shall be deemed [to] include, even if not ... expressed,” a clause establishing that “the doubts and controversies of any kind that may arise resulting from the execution of activities and that could not be resolved amicably by the parties, *including arbitration* ....” will be resolved by the courts (Article 34.3.b).

---

<sup>265</sup> Articles 312-326. Organic Code on Taxation, *Official Gazette* N° 37.305 of October 17, 2001.

<sup>266</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Official Gazette* N° 37.323 of November 13, 2001.

<sup>267</sup> Ley Orgánica Habilitante of November 2000, *Official Gazette* N° 37.076 of November 13, 2000.

This provision expressly recognized in the Law the possibility to submit to arbitration the solution of disputes resulting from activities in the hydrocarbon sector when mixed companies were constituted with private investors.<sup>268</sup>

All of these Decree Laws and acts of the National Assembly between 1999 and up to 2001, confirmed that in Venezuela, “without doubt, a clear legislative tendency existed in order to admit arbitration in contract related to the commercial activity of Public Administration.”<sup>269</sup>

4. *The elemental administrative procedural provisions assuring the correct legal opinion to be issued on matters of arbitral clauses in public contracts*

It was within this pro-arbitration trend of the Government on matters of investments, that President Chavez approved Instruction N° 4 of March 12, 2001, establishing elemental rules for the “internal review” of public contracts drafts containing arbitration clauses.<sup>270</sup> Far from being any sign of the intention of the government against arbitration clauses for the State,<sup>271</sup> this Presidential instruction was no more than the correct administrative response to the extension of arbitration clauses included in public contracts entered into only by the “Republic,” encouraged as a general policy defined by the same Government. On the other hand, further provisions enacted by the President regarding rules of management in public administration, assigning to the Attorney

---

<sup>268</sup> The same occurred with the reform of the Organic Statute of the Development of Guayana, also sanctioned by means of Decree Law N° 1531 of November 7, 2001, *Official Gazette* N° 5561 Extra. of November 28, 2001 and the Organic Law on Drinking Water Services and Sanitation enacted by the National Assembly in December 2001. See Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, *Official Gazette*, N° 5.568 Extra. of December 31, 2001.

<sup>269</sup> See Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 299.

<sup>270</sup> *Official Gazette* N° 37.158 of March 14, 2001.

<sup>271</sup> As pointed out by Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, pp. 151-152.

General's office the function of reviewing any contracts containing submission to arbitration on public interests, were perfectly and completely reconcilable with the attitude reflected in laws, decrees and statements made both before and after the 1999 Investment Law with the notion that Article 22 of the Investment Law intended to constitute a standing, general consent of the Republic to arbitrate all investments disputes before ICSID.

Regarding public debt contracts which were a matter of discussion in the previous years, in an Opinion given on March 14, 2003, the same Attorney General's Office reiterated the opinion of the relative character of the clause of jurisdictional immunity in lending agreements, and suggested that:

“in future contracts in which the Republic is a party, in lieu of the ordinary jurisdictional means, arbitral clauses should be incorporated, due to the fact that currently the arbitral means constitute an expedited, efficient and economic form for the resolution of conflicts that could arise from contractual relationships.”<sup>272</sup>

This attitude and opinion of the Attorney General's Office was far from “reticent” regarding arbitration in public contracts, and was completely coherent with the general pro-arbitration policy of the Government, particularly since 1999, when the Investment Law was enacted.

#### **VIII. THE INTENTION OF THE GOVERNMENT IN 1999 TO EXPRESS THE STATE CONSENT FOR INTERNATIONAL ARBITRATION IN ARTICLE 22 OF THE ABROGATED 1999 INVESTMENT LAW**

And that was precisely the intention of the drafters of the Investment Law and of the National Executive when considering it and approving it in September 1999: to express in Article 22 the consent of the

---

<sup>272</sup> Quoted in Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” *loc. cit.*, pp. 435-436; and in Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, p. 346-347.

Republic to submit disputes to international arbitration, particularly before the ICSID. This offer was an open offer, subject only to the condition that the respective treaties or agreements, like the ICSID Convention, established a framework or mechanism for international arbitration. It created a right for the investors to go at their will to international arbitration or to resort to the national courts.

1. *The absence of a formal “Statement of Purposes” and the motives of the Investment Law as exposed by its drafters*

Contrary to the practice observed in almost all other Decree Laws issued by the President of the Republic at the time, the 1999 Decree Law on the Investment Law did not have “Statement of Purposes” (*Exposición de Motivos*). This did not mean that the Law itself had no “motives” or purposes, or that the National Executive had no specific intention by issuing the Decree law. The Investment Law had precise motives, not only to promote and protect investments but to promote arbitration, to guarantee arbitral resolution of disputes, thus, limiting the scope of the national courts on the matter. The intention of the Investment Law was in this sense expressed in its first Article, in which was clear that its provisions were “directed to regulate the action of the State regarding investments and investors, whether nationals or foreign,” that is, the Law:

“comes to fix the extension of the competencies of the State in a way such as to assure such investments and investors the stable legal cadre that guarantees the enough security, devoted to achieve the harmonic increase, the diversification and complementation of investments in favor of the objectives of national development” (Article 1).<sup>273</sup>

And this was what the Law precisely worked out in Article 22: to limit –not to exclude– the jurisdiction of the national courts on matters of investments by providing for international arbitration; but always leaving in the hands of the investors the choice of venue.

---

<sup>273</sup> See Eugenio Hernández Bretón, “Protección de Inversiones en Venezuela,” in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 142, Caracas 2004 pp. 221-222.

In this regard, in the absence of a published “Statement of Purposes” for the Decree Law on the Investment Law, and being the product of a bureaucratic drafting process and not of a parliamentary process with recorded debates in a legislative body, the intention of the drafters are a valid source to determine the intention of the “legislator.”<sup>274</sup> This is particularly so of the “preparatory work” of the text of the Decree.<sup>275</sup> In this sense, it was a matter of public knowledge that the 1999 Investment Law was drafted under the direction of the then Ambassador Werner Corrales-Leal, Head of the Permanent Representation of Venezuela before the WTO and the UN entities headquartered in Geneva.<sup>276</sup> Ambassador Corrales, who since 1998 had an important role in the formulation of Venezuelan policy toward investments, including the negotiations of a failed bilateral investment treaty with the U.S.<sup>277</sup> was

---

<sup>274</sup> The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has held that the determination of the intention of the Legislator must “start from the will of the creator of the provision, as it results from the debates prior to its promulgation.” See Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.173 of June 15, 2004 (Case: Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Exp. 02-3.215), in *Revista de Derecho Público* N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 429 ff.

<sup>275</sup> It is what in the Vienna Convention on the law of treaties of 1969 is called as “supplementary means of interpretation” which includes referring to treaties, its “preparatory work” and the “circumstances of its conclusion” (Article 32).

<sup>276</sup> See in Eduardo Camel A., “Ley de promoción de Inversiones viola acuerdos suscritos por Venezuela”, *El Nacional*, Caracas September 15, 1999. The character of Corrales as drafter was officially recognized, for instance, in a press released of the Ministry of Foreign Affairs, Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales, “Resumen de Medios nacionales e Internacionales”, April 29, 2009, p. 23. See also, in Alberto Cova, “Venezuela incumple Ley de Promoción de Inversiones,” in *El Nacional*, April 24, 2009.

<sup>277</sup> For instance see Gioconda Soto, “Cancillería llama a consultas a Corrales y Echeverría,” in *El Nacional*, June 10, 1998; Fabiola Zerpa, “Venezuela rechaza presiones para firmar Acuerdo con EEUU,” *El Nacional*, Caracas June 12, 1998; Alfredo Carquez Saavedra, “Tratado de inversiones con EE.UU. divide a negociadores venezolanos,” in *El Nacional*, Caracas June 16, 1998.

entrusted with the task of drafting the Investment law<sup>278</sup> being ratified in such task by the then new Chávez administration.<sup>279</sup> As Head of that Permanent Representation, Ambassador Corrales prepared reports and opinions for the Government.

One of those reports, dated April 1999 and written by Ambassador Corrales with Marta Rivera Colomina, an official at the Permanent Representation, contains ideas for the design of the legal regime of promotion and protection of investments in Venezuela.<sup>280</sup> The document explains that “a regime applicable to foreign investments, must leave open the possibility to resort to international arbitration, which today is accepted almost everywhere in the world, either by means of the mechanism provided for in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID) or by means of the submission of the dispute to an international arbitrator or an *ad hoc* arbitral tribunal like the one proposed by UNCITRAL.”<sup>281</sup>

This view was made even more explicit in an essay written by the same authors explaining “Some ideas on the New regime on the

---

<sup>278</sup> In January 1999 Ambassador Corrales as head of the Permanent Representation of Venezuela before the WTO and the UN entities headquartered in Geneva, filed before the Government a document titled “Formulación de un Anteproyecto de ley de promoción y Protección de Inversiones (Términos de referencia), enero 1999”. This document is cited in Werner Corrales Leal and Marta Rivera Colomina, “Algunas ideas sobre el Nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela,” in Luis Tineo and Julia Barragán (Comp.), *La OMC como espacio normativo. Un reto para Venezuela*, Asociación Venezolana de Derecho y Economía, Caracas, p. 195; also in Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” *loc. cit.*, p. 116; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, pp. 155-156.

<sup>279</sup> As mentioned in the ICSID Mobil case, the Republic has “doubt[ed]” the character of Corrales as the drafter of the Law (ICSID Mobil case, ¶ 133).

<sup>280</sup> See Werner Corrales-Leal and Martha Rivera Colomina, “Algunas ideas relativas al diseño de un régimen legal de promoción y protección de inversiones en Venezuela,” April 30, 1999. Document prepared at the request of the Minister of CORDIPLAN.

<sup>281</sup> *Id.*, pp. 10-11.

promotion and protection of Investments in Venezuela” (“*Algunas ideas sobre el Nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela*”) published shortly after the 1999 Investment Law came into effect. The authors and co-drafters of the Investment Law in that essay, stated that “a regime applicable to foreign investments, must leave open the possibility to *unilaterally* resort to international arbitration, which today is accepted almost everywhere in the world, either by means of the mechanism provided for in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID) or by means of the submission of the dispute to an international arbitrator or an *ad hoc* arbitral tribunal like the one proposed by UNCITRAL.”<sup>282</sup> The reference to *unilateral* resort to international arbitration makes it clear, without doubt, that the persons entrusted with drafting the 1999 Investment Law intended Article 22 to express the State’s consent to ICSID arbitration, which is the only way for the investor to have the option to unilaterally resort to such international arbitration, or to decide to go before the national courts. Given that the State through the Government (the Executive) was the one giving the instructions to the drafters and also was involved (through the Executive Cabinet) in approving the Investment Law once it was drafted, this was therefore an expression of intent on behalf of the State. Put differently, providing for unilateral resort to arbitration in connection with the 1999 Investment Law presupposed that said law provided the State’s consent that was necessary for the investor to have the right to unilaterally resort to international arbitration.

The ICSID tribunal in its Decisions in the *Mobil* and *Cemex* cases, referring to these contemporaneous works of Corrales when the Law was being drafted, said that Corrales “did not say that the drafters or

---

<sup>282</sup> See Werner Corrales-Leal and Marta Rivera Colomina, “Algunas ideas sobre el nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela” p. 185. In the absence of “legislative history” of the decree Law, Victorino Tejera Pérez considers that this article of Corrales and Rivera “could even be assimilated to a supplementary means of interpretation, as established in Article 32 of the Vienna Convention on Treaty Law.” See Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, p. 187; Victorino Tejera Pérez, “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study,” p. 115.



Article 22 intended to provide for consent in ICSID arbitration in the absence of any BITs” (ICSID *Mobil* case, ¶ 136; ICSID *Cemex* case, ¶ 132), which is an erroneous way to read those essays. Corrales and his colleague wrote in their own words, and with the authorization of the Republic for them to conceive of an Investment Law, that they considered necessary, in the benefit of the investors, to “leave open the possibility to *unilaterally* resort to international arbitration,” this being possible only if the State had provided in the same text of Article 22 of the Investment Law for consent to ICSID arbitration in the absence of any BITs.

As was correctly noted by the ICSID tribunal in the *Cemex* case the “the word ‘unilaterally’ did not appear in the first article of 30 April 1999. It was added to the second article in 2000” (ICSID *Cemex* case, ¶ 131, Footnote 118), precisely because the second article was published after the Investment Law was approved and published (while the first article was published before the Investment Law was approved by the Republic). With the adding of that word, the authors and co-drafters of the Law, emphasized the inclusion of this word, in order to stress that the only way for the investor to have that possibility to “unilaterally resort to arbitration,” was if he had the right, as an option, to go to arbitration or to resort to national courts. This, in its turn, could only occur when the State had expressed its consent to go to arbitration, also unilaterally, and as an open offer in the same text of Article 22. Consequently, the only way to understand the reason for the erroneous assertion of the ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, is to realize that when reading Article 22, the tribunals simply ignored the disclaimer included in the last phrase of the provision, which was not even considered in the whole text of the decisions, as discussed in detail above.

2. *The discussion of the Draft of the Investment Law in the Council of Ministers in 1999*

The Draft of the 1999 Investment Law was coordinated in Venezuela by the Central Office of Coordination and Planning, and not by a particular Ministry. It was considered in meetings of the Economic Cabinet of the Council of Ministers, particularly in the meeting held on August 24, 1999, with the assistance of Ambassador Werner Corrales

presenting the text.<sup>283</sup> The specific matter of Article 22 as expression of the State consent for arbitration was discussed. Specifically, in that meeting, as was reported to the press by the General Director of Central Office of Coordination and Planning (Cordiplan) that “the possibility for arbitration is maintained.”<sup>284</sup>

In the press it was reported that:

“The Director General of Cordiplan Fernando Hernández, as the spokesman of the economic group of President Chávez, assured that this legal draft ‘will offer national and foreign investors legal and fiscal security, in order to create confidence’. One of the aspects regarding this law regarding which Hernández was asked is the one related to the resolution of controversies. Specifically, he was asked about the judicial body before which investors entering into contracts with the Republic would have to go. ‘International arbitration is maintained,’ Hernández said without giving details.”<sup>285</sup>

The Ministry of Production and Commerce replaced the previous Ministry of Industry and Commerce in August 1999. Juan de Jesús Montilla, who was appointed as Minister<sup>286</sup> in substitution of the former Minister of Industry and Commerce (Gustavo Márquez), commented a few months later in mid-2000 on the provisions of the 1999 Law Investment Law without mentioning the unilateral offer expressed by the Republic for arbitration. No conclusion can be legitimately drawn from the Minister’s silence, particularly since the drafters of the Law have expressed the contrary. Nonetheless, as mentioned, Minister Montilla was not a member of the National Executive or Council of Ministers during the months in 1999 when the Law was drafted (before

---

<sup>283</sup> In the press it was reported as a consequence of this Meeting and in relation to the discussions of the Draft, that “In the Draft, international arbitration is provided as an option for the resolution of conflicts.” See “El proyecto prevé el arbitraje internacional como opción para resolver conflictos. Evalúan Ley de Inversiones,” in *El Universal*, August 25, 1999.

<sup>284</sup> See Andrés Rojas Ramírez, “Decreto para la protección de Inversiones contradice Constitución de Chávez”, *El Nacional*, Caracas August 25, 1999.

<sup>285</sup> *Id.*

<sup>286</sup> See Decree N° 288 published in *Official Gazette* N° 36.779 of September 3, 1999

September 1999). Therefore, although he signed the Decree Law on October 3, 1999, as the new Minister of Production and Commerce, he did not participate in the conception of the Investment Law and was not involved in its Drafting, and not even his Office was involved (given it succeeded the previous Ministry of Industry and Commerce).<sup>287</sup> Consequently, the fact that this Minister Montilla over six months after the approval of the Investment Law did not mention that the Investment Law included unilateral offer by the Republic permitting foreign investors to resort to arbitration could not lead to the conclusion that it did not contain consent to arbitration.<sup>288</sup> Nonetheless, in an incomprehensibly way, the ICSID Tribunal in the *Cemex* case, considered that when the Minister said what he said (that “the solution in the case of controversies or disputes where it is set forth that these shall be resolved in national courts or within a framework of acknowledgment of the commitments that have been undertaken in international agreements”), this supposedly is a statement that is “contrary” to say that “Article 22 intended to provide for consent to ICSID arbitration in the absence of any BIT” (ICSID *Cemex* case, ¶¶ 132, 133). A conclusion that had no basis at all.

In the meetings of the Economic Cabinet of the Council of Ministers in which the draft of the Investment Law was considered, one of the High Officials who attended was Alvaro Silva Calderón, then Vice Minister of Energy and Mines.<sup>289</sup> In that meeting, I presumed that Vice Minister Calderón opposed the inclusion in Article 22 of the open offer of expression of consent by the State to go to international arbitration, bearing in mind his well-known personal opinion opposing the idea of

---

<sup>287</sup> See in Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., p. 158. As is mentioned by Tejera Pérez, even the predecessor of Montilla, the Minister of Industry and Commerce, Gustavo Marquez, who attended the meetings where the Decree Law was considered, declined to comment on the drafting of the Law, explaining that his Ministry was not involved in the drafting of it. Id., p. 158 Footnote 557.

<sup>288</sup> On this particular point, the *Cemex* tribunal is simply incorrect.

<sup>289</sup> As it is referred to in Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, cit., p. 158.

the State subjection to international investment arbitration.<sup>290</sup> Nonetheless, and despite his possible opposition in the meeting, Vice Minister Calderón's personal opinion and opposition did not prevail, and instead, the proposal made by Werner Corrales and his legal adviser Gonzalo Capriles in favor of the State expressing consent in Article 22 for international arbitration, was the one accepted by the Cabinet<sup>291</sup> According to the Organic Law on Central Administration of 1995,<sup>292</sup> in force when the Investment Law was discussed in the Economic Cabinet, the documents considered and the opinions expressed in the meetings of the Economic Cabinet (acting as a Sector Cabinet with respect to the Investment Law) were not secret. Only “the deliberations of the Council of Ministers” themselves were secret.<sup>293</sup>

Ambassador Corrales was also publicly reported to have been the one who made the presentation of the Draft of the Investment Law in another meeting of the Economic Cabinet of the Government, held on September 14, 1999.<sup>294</sup> The Law eventually was approved by President

---

<sup>290</sup> See for instance, Alvaro Silva Calderón, “Apreciaciones sobre el arbitraje jurídico en Venezuela,” available at <http://www.pdvsa.com/inter-face.sp/database/fichero/free/5000/639.PDF>, pp. 14-16. Alvaro Silva Calderón was one of the representatives of the Republic in the recourse of interpretation on Article 22 of the 1999 Investment Law ending with the Supreme Tribunal 2008 Decision N° 1.541. He also participated in 1995 challenge of the constitutionality of the arbitration clause of the Association Agreements of the Apertura petrolera. See in Allan R. Brewer-Carías (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004, p. 125.

<sup>291</sup> See the information in Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Magister Thesis, Caracas 2010, *cit.*, pp. 155-158, who personally interviewed Corrales and Capriles (Footnote 558).

<sup>292</sup> See *Official Gazette* N° 5.025 Extra of December 20, 1995.

<sup>293</sup> The 1999 Organic Law of Central Administration established the same principles regarding the Sector Cabinets, as bodies different from the Council of Ministers. In the 2008 Organic Law on Public Administration, the Sector Cabinets were transformed into Sector Boards with the same functions, but with power of only advisory bodies for the study of matters to be consider in the Council of Ministers (Articles 67, 68).

<sup>294</sup> See Eduardo Camel Anderson, “Ley de promoción de inversiones viola acuerdos suscritos por Venezuela,” in *El Nacional*, Caracas September 15, 1999.

Chavez in the Council of Ministers session held on October 3, 1999,<sup>295</sup> with the assistance of the acting Minister of Energy and Mines, Alí Rodríguez. Based on Minister Rodríguez's prior strong and public objections to international investment arbitration, I assume that he issued a dissenting vote and opposition to the inclusion in Article 22 of the express consent of the State of an open offer to investors to go to international arbitration. His personal and political opinion opposing the idea of the *Apertura Petrolera* in general, and in particular of the State subjection to international investment arbitration, was well known and expressed in 1996 when he was a Member of the Congress<sup>296</sup> and opposed the inclusion of arbitration clauses in the Congress resolution on the General Conditions regarding the Association Agreements of the *Apertura Petrolera*.<sup>297</sup> At the same time, he also was the leading person who filed the popular action brought before the Supreme Court challenging the constitutionality of the arbitration clause authorized by the former Congress to be included in such Association Agreements for oil exploitation.

In effect, in that popular action, Alí Rodríguez and other co-claimants requested the Supreme Court to declare:

“the nullity of Clause Seventeen of Article 2 of the Congress Resolution (*Acuerdo*) because it provides ... ‘The way to resolve controversies on matters others than those attributed to the Control Committee and that could not be resolved by the parties’ agreement, shall be arbitration, which will be achieved according to the procedural rules of the International Chamber of Commerce, in force at the moment of the signing of the Agreement.’ Such provision is a flagrant

---

<sup>295</sup> This is the date of the decree Law. Nonetheless, on September 29, 1999, the Vice Minister of Production and Commerce, Eduardo Ortíz Bucarán, informed the press that the Law had been approved in Council of Ministers ten days earlier. See in Maribel Osorio, “Ley de Inversiones otorga al Presidente facultad para otorgar incentivos,” in *El Nacional*, September 29, 1999.

<sup>296</sup> See the Dissenting Vote in the Congress approval of the Conditions for Association Agreements of the *Apertura Petrolera*, in the Bi-cameral Report of the Energy and Mines Commissions (Senate and Chamber of Representatives) of June 19, 1996, in <http://www.minci.gob.ve/doc/convasociacion19061996.pdf>

<sup>297</sup> See in *Official Gazette* N° 35.754 of July 17, 1995.

contravention to article 127 of the Constitution [equivalent to article 151 of the 1999 Constitution] that does not authorize the submission to legal provisions other than the Venezuelan; so, we respectfully ask.”<sup>298</sup>

In the Final Arguments expressed in the process before the Supreme Court in such case, which took place on January 22, 1998, Alí Rodríguez himself submitted a written argument in which he insisted in asking for the annulment of the Clause, in which, he denounced, that by providing “that always, the doubts and controversies shall be submitted to arbitration according to the rules of the International Chamber of Commerce of Paris,” it has allowed that “some Association Agreements have established [for the State] the unconditional renunciation to allege the jurisdictional immunity, arbitrarily declaring that such contractual forms are of mere contractual nature establishing that always such arbitration will take place abroad.” He added that “article 127 of the Constitution does not leave the most far doubt by establishing in a niter way that, in public interest contracts, the doubts and controversies shall be decided by the competent tribunals of the republic, in conformity with the laws.” With the challenged clause, Alí Rodríguez argued that “the sovereign abdicates its condition as such and leaves in the private hands the solution of the doubts and controversies on matters of contracts that are indissolubly *public*, as it were a simple lawsuit between private parties a purely commercial matter.”<sup>299</sup>

In that regard, if Rodríguez opposed the Investment Law (as I assume, he must have done, given his position on international arbitration), President Chavez overruled any such opposition and signed into law the Investment Law containing consent to international arbitration. It is perhaps due to potential disagreements in the Council of Ministers, presumably manifested by Alí Rodríguez as Acting Minister of Energy and Mines, that the Decree Law N° 356 of October 3, 1999 was only published twenty days later in the *Official Gazette* of

---

<sup>298</sup> See in Allan R. Brewer-Cariás (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas, 2004 available at <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-efb849fea3/Content /I,%202,%2022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf>, p. 25.

<sup>299</sup> *Id.* pp. 104-105.

October 22, 1999<sup>300</sup> without its corresponding “*Exposición de Motivos*” (Statement of Purposes), although a Draft of such Statement of Purpose was reportedly written.<sup>301</sup> Finally, it must be mentioned that Ambassador Corrales continued his official activities related to the promotion of investments from his position in Geneva until 2002.<sup>302</sup>

From all the elements aforementioned, it can be said, contrary to what was concluded in the ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, that “the legislative history of Article 22 in this respect” effectively provides very important “information on the intention of the drafters in the Investment Law,” and that, in those cases, as in this case, the Tribunal had, indeed, “direct information” on the preparation of the Law as it was discussed in the Executive Council of Ministers. The intention of Ambassador Corrales, who was operating at the specific instance and direction of the Republic as a co-drafter of the Investment Law regarding the unilateral expression of consent for Arbitration given by the Venezuelan State contained in Article 22 of the Law, was clarified in a speech he gave on March 28, 2009 at a Conference organized in Caracas by the *Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)* on “Investment Arbitration in Comparative Law.” At that conference, he explained the following:

“Today this forum is discussing whether Article 22 of the official version of the Investments law really includes a unilateral or open offer of arbitration. ....

In my scope of competence at least, I can state the intention of offering the possibility of open unilateral arbitration and this can be verified in several articles on the matter which we published in

---

<sup>300</sup> *Official Gazette* N° 5.390 Extra. of October 22, 1999.

<sup>301</sup> A Draft of the “Statement of Purpose” of the Investment Law was prepared by Gonzalo Capriles, Legal Expert hired by Cordiplán to work with Ambassador Corrales, with the title: “Borrador de Exposición de Motivos de la Ley de promoción y protección de Inversiones,” 1999. See the reference in Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Master Thesis, cit. Caracas 2010, p. 154, Footnote 154.

<sup>302</sup> See for instance Adriana Cortes, “Venezuela oficializó restricciones a la importación de productos agrícolas,” in *El Nacional*, Caracas March 13, 2000.

international journals and which we also took to international congresses. Referring to the protection of investors, after dealing with contributions to development, in the first article of 1998, it states more or less something like “the possibility to arbitration must be opened”, and in the second article it states, “the unilateral possibility of arbitration must be opened to foreign investors”.

With this, I hope to leave sufficiently clear that my purpose as co-drafter was to offer in the broadest and most transparent manner the possibility of the investors resorting to international arbitration as a unilateral offer made by the Venezuelan state. And I add that whoever participates in public policies –including those who participate in the drafting or administration of a law or any legal policy instrument– must act with very clear objectives and be always respectful of the principles therein created. At that time we thought –as I continue to believe– that it was absolutely necessary for a public policy closely linked to promoting development such as the case of an investment policy, must aid in the investments acting in pro of development and we thought as I think today that it is absolutely indispensable for legal instruments to protect the investments from the possibility that the justice system of the country receiving the investment not be independent, as is unfortunately the case we are seeing in Venezuela today.”<sup>303</sup>

This statement of Corrales, contrary to what the ICSID tribunals said in the *Mobil* and *Cemex* cases, is fully supported “by the contemporaneous written documents” already discussed, as well as by the “contemporaneous” references published in the press regarding the discussions of the draft in the Council of Ministers. As revealed in these documents, Corrales and Capriles, acting with the express permission of the Republic, intended to include an open, unilateral offer to arbitration in the Investment Law. That is why, there is no other way than to express astonishment, to read what the ICSID Tribunal decided in the *Brandes* case, without any sort of reasoning or motivation, to consider “to be unnecessary, for the purpose of resolving this dispute, to establish the actual role played by Mr. Corrales in the drafting of the LPPI, his knowledge of the issue under discussion and the relevance of his

---

<sup>303</sup> See in CEDCA, BUSINESS MAGAZINE (June 2009), Legal Report, Caracas 2009, pp. 77-82.



publications about this issue” (¶ 103), affirming that “What is apparent to the Tribunal is that Mr. Corrales’ opinion cannot provide the basis for finding that Article 22 of the LPPI contains the consent of the Bolivarian Republic of Venezuela to submit to ICSID arbitration (¶ 103).

## IX. THE WITHDRAWAL OF VENEZUELA OF THE ICSID CONVENTION IN 2012

In any case, after a series of decisions were issued by ICSID Arbitral Tribunals against Venezuela, in January 24, 2012 the Government officially withdraws in an irrevocable way from the *Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. After receiving the written notice of denunciation of the Convention, the World Bank as the depositary of the ICSID Convention, notified all ICSID signatory States of Venezuela's denunciation of the Convention. In accordance with Article 71 of the ICSID Convention, the denunciation took effect six months after the receipt of Venezuela's notice, that is on July 25, 2012.

The “Official Communiqué” of the Government justifying Venezuela’s withdrawing from the ICSID Convention<sup>304</sup> expressed that its ratification in 1993 was a decision adopted by “a weak government without popular legitimacy pressed by traditional transnational economic sectors that participated in the dismantling of the national sovereignty of Venezuela.” This statement referred to the government lead by President Ramón J. Velasquez (1993-1994), in which I served as Minister for Decentralization.

Contrary to such assertion, that Government lead by a President Velasquez was a very important transitional one, configured after his appointment by Congress in June 1993, once the acting President Carlos Andrés Pérez was removed from office by decision of the same Congress, with the support of all the political parties, in order to complete the constitutional term of former President Pérez. That transitional Government had the important task of assuring the continuity of the democratic rule of the country and, in particular, the

---

<sup>304</sup> The text of the Official Communiqué is available at <http://www.noticiero.digital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

successful development of the general elections that took place on December 1993. That Government was able to continue conducting the State in the midst of a grave political and economic crisis, having for such purpose all the needed legitimacy derived from the Constitution. Important decisions were adopted in many fields,<sup>305</sup> and also on matters of promotion of investments. In that respect, the signing of the ICSID Convention, according to the general prevailing policy of attracting foreign investments to the country, was a very important one for such purpose.

The “Official Communiqué” of the Venezuelan Government of January 24, 2012, in order to justify the Venezuela’s withdrawing from the Convention, in addition expressed that the text of article 151 of the 1999 Venezuelan Constitution<sup>306</sup> supposedly “invalidates, in its spirit and in its wording, the provisions of the ICSID Convention.” This assertion only evidenced the most complete ignorance by the Government of President Hugo Chávez of the sense and meaning of such constitutional provision, in which, on the contrary, it is expressly established the principle of relative jurisdictional sovereign immunity of the State<sup>307</sup> following previous constitutional provisions included in the Constitution since 1947, allowing international arbitration in public contracts except when considered inappropriate according to their nature. The restriction, on the other hand, only refers to matters of arbitration related to public contracts, and in principle is not directed to regulate arbitration resulting from the consent of the State express in a statute.

---

<sup>305</sup> See the collective book: Ramón J. Velásquez. *Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

<sup>306</sup> See the text of the Constitution in Official Gazette N° 5.908 Extra. Of February 2, 2009. See the general comments in Allan R. Brewer-Cariás, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional No. 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; and in *Constitutional Law. Venezuela, Supplement 97*, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012.

<sup>307</sup> See in general, Tatiana B. de Maekelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” in *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ff.

In effect, as has already been explained, Article 151 of the 1999 Constitution establishes that:

“Article 151: In contracts of public interest, unless inappropriate according with their nature, a clause shall be deemed included even if not been expressed, according to which the doubts and controversies that may arise on such contracts and that could not be resolved amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws and could not give rise by any motive or cause to foreign claims.”

This provision is basically a reproduction of the content of article 127 of the 1961 Constitution, which was kept in the new 1999 Constitution due to my personal proposal made before the National Constituent Assembly,<sup>308</sup> in particular, in order to contradict the “bizarre” and “inappropriate” proposal contained in a document submitted by President of the Republic, Hugo Chávez before the Assembly<sup>309</sup> suggesting some constitutional changes. Among those, Chávez first proposed to completely eliminate from the Constitution the “Calvo Clause,”<sup>310</sup> and second, he proposed to return to the principle of absolute jurisdictional sovereign immunity but exclusively regarding public contracts entered by the “Republic,” eliminating all jurisdictional

---

<sup>308</sup> I was Elected Member of the 1999 Constituent Assembly. See my proposal regarding article 151 in Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

<sup>309</sup> See Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

<sup>310</sup> The Calvo Clause had its origin in the work of Carlos Calvo, who formulated the doctrine in his book *Tratado de Derecho Internacional*, initially published in 1868, after studying the Franco-British intervention in Rio de la Plata and the French intervention in Mexico. The Calvo Clause was first adopted in Venezuela in the 1893 Constitution as a response to diplomatic claims brought by European countries against Venezuela as a consequence of contracts signed by the State and foreign citizens. See Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol I, Editorial Alfa, Caracas 2008, pp. 411.

restriction regarding other public interest contracts signed by other public entities, that by the way, are the most common and important public contracts in the country, like for instance those signed in the oil and mining industry. That presidential proposal was without doubts, excessive permissive towards international arbitration on matters of public law.

The two clauses contained in the text of article 151 of the Constitution have been in the text of all Venezuelan Constitutions since 1893.<sup>311</sup> The first clause is the one referred to the principle of jurisdictional sovereign immunity of the State regarding public contracts. Initially it was referred to public contracts entered by the Republic and the States (Venezuela has the federal form of Government) and was conceived as an “absolute” jurisdictional immunity clause. It was first changed in 1901, expanding its initial scope in order to include, not only the “national” and “states” public interest contracts, but also the “municipal” contracts and any other public contract entered by other organs (“public powers”) of the State. And later, in 1947 it was also changed regarding the scope of the immunity, transforming it into a “relative” jurisdictional sovereign immunity clause, following the general trend prevailing in comparative constitutional law.<sup>312</sup>

The proposal of Mr. Chávez in 1999 regarding this constitutional clause was to reestablish the absolute sovereign jurisdictional immunity principle abandoned in 1947, but in a limited way only regarding some “national” public interest contracts, that is, only those entered by the Republic, eliminating any kind of restriction on jurisdictional matters regarding public interest contracts entered by the states, the municipalities and other public entities. This presidential proposal, as I argued, was excessive and inconveniently permissive, particularly due to the fact that commonly, the public interest contracts are entered

---

<sup>311</sup> See the text of the 1893 Constitution as well as all the other Constitution in the history of the country in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, 2 vols.

<sup>312</sup> See in general the classical book of Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, Académie Internationale de Droit International, Recueil des Cours 1980, The Hague 1981.

precisely by other entities different to the Republic, and particularly by public corporations and public enterprises.<sup>313</sup>

In any case, leaving aside that failed proposal made by the President of the Republic in 1999, the way the clause has been in the Constitution since 1947, that is, following the “relative” jurisdictional sovereign immunity, cannot be considered as something extraordinary or unusual, particularly because it follows the general principle of relative immunity in contemporary world. According to this Clause, the State is authorized in the Constitution to submit to international arbitration matters of public interest contracts except if the “nature” of their object prevents it, which is referred to the matters generally known as of *ius imperii*. That is why the argument of the Government for withdrawing from ICSID Convention, as well as the suggestion given by ICSID tribunals in the *Mobil* and *Cemex* cases, arguing that “Venezuela remained reluctant *vis-à-vis* contractual arbitration in the public sphere, as demonstrated by [...] Article 151 of the 1999 Constitution” (*Mobil* ICSID case, ¶¶ 131; 127, 128; *Cemex* ICSID case, ¶ 125), simply did not really understand the content of the provision of said article 151, from which no “reluctant” attitude towards arbitration can be deducted. On the contrary, the constitutional provision of article 151 is, precisely, the one that allows international arbitration involving the Venezuelan State according to the principle of relative sovereign jurisdictional immunity that is the one generally accepted in contemporary world.

Consequently, nothing in the Venezuela legal and constitutional order authorizes the Government to say that article 151 of the 1999 Venezuelan Constitution supposedly “invalidates, in its spirit and in its wording, the provisions of the ICSID Convention,” which means to consider that an expression of consent for international arbitration as the one contained in article 22 of the Investment Law would be inconceivable in light of article 151 of the Constitution. On the contrary, it is the trend set forth in such article the one that authorizes for the State to go to international arbitration.

---

<sup>313</sup> See in Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

The second clause contained in article 151 of the Constitution, inserted in the constitutional text also in 1893, and that has remained without change, is the already mentioned “Calvo Clause,” according to which in Venezuela is excluded and is inadmissible any diplomatic claims regarding public interest contracts signed between the different organs of the State and foreign entities or persons. The President of the Republic in his “bizarre” 1999 proposal before the Constituent Assembly, pretended to completely eliminate from the Constitution this centenary “clause,” and consequently to allow the possibility that in public interest contracts, their execution could give rise to foreign diplomatic claims against the Republic.<sup>314</sup> From that proposal, it is impossible to deduct any restrictive approach of the President toward arbitration matters. On the contrary, his proposals being excessively permissible were inadmissible, being contrary to the interest of the State.

Finally, it must be mentioned that article 151 of the Constitution establishing the relative sovereign jurisdictional sovereign immunity clause and the *Calvo* Clause, is a provision referred to “public interest contracts,” that is, basically, those entered by the three territorial divisions of the State (Republic, States, Municipalities). The clause allows the possibility for the State to give its consent to submit to international arbitration, for instance, disputes related to commercial matters derived from such public interest contracts.

In ICSID arbitration cases, based on jurisdiction through a State’s consent given by a statute, as was the case of article 22 of the Investment Law, the ICSID Tribunals were not to deal with public interest contracts regulated in article 151 of the Constitution. The Tribunals in such cases only dealt with the consent given by the Venezuelan State in a statute (Article 22 of the 1999 Investment Law) to submit matters related to investment, generally of industrial, commercial or finance nature, to international arbitration.

In any case the decision of the government to “escape from ICSID,”<sup>315</sup> of course ignored the importance of the ICSID Convention

---

<sup>314</sup> *Idem.*

<sup>315</sup> See James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” in *El Universal*, Caracas February 7, 2012, available at <http://www.eluniversal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

for the purpose of attracting investment, which resulted evidenced by the fact that between 1993 and 1998, many bilateral treaties on investments (BITs) were signed, specifically providing for international arbitration, and in particular, for ICSID International Arbitration.<sup>316</sup> Its importance also results from the fact that it was the same Government that in 2012 rejected international arbitration, the one that in 1999 sanctioned by means of a Decree Law N° 356 of October 3, the 1999 Investment Law containing express recognition of ICSID international arbitration. In it, the current Government went farther an expressed, in Article 22 of the Law, the express written consent of the Republic of Venezuela to submit investments disputes to the ICSID arbitration Center, under Article 25.1 of the ICSID Convention. This is a historical fact that in spite of the decision to “escape from ICSID,” cannot be denied.

Article 22 of the 1999 Investment Law was not a provision that was officially adopted by the Government without knowing its significance, or that “under the influence of globalization currents was filtered within the Venezuelan regime” as it has been affirmed without foundations.<sup>317</sup> On the contrary, it was a conscious decision adopted by a Government that at the time was seeking to promote and encourage international investments in the country, giving investors legal security assurances, like for the disputes to be decided by arbitral tribunals.

---

<sup>316</sup> See lists of all those treaties at Venezuelan Ministry of for Foreign Relations at [http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op= show](http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op= show;); ICSID Database of Bilateral Investment Treaties at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; UNCTAD, Investment Instruments On-line Database, Venezuela Country-List of BITs as of June 2008 at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. See also, in José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión* (BITs), Caracas 2007; Tatiana B. de Maekel, “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano,” in Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas 2001, pp. 104-105.

<sup>317</sup> See Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Ed. Exlibris, Caracas 2010, p. 132.

For such purpose, in article 22 of the 1999 Investment Law, the State gave its consent to submit investments disputes to ICSID arbitration, expressed in the form of an open offer of arbitration (*oferta abierta de arbitraje*) subject to acceptance by the investor-claimant to a relevant dispute, to go to international arbitration, or, at his will, to resort to national courts. Not only the signing of the ICSID Convention in 1993, but the text of Article 22 of the 1999 Investment Law, reflected the pro-arbitration trend existing in Venezuela at the time, developed over the past few decades, which crystallized not only in Article 258 of the 1999 Constitution, sanctioned in parallel to the 1999 Investment Law, compelling the State to promote arbitration. This same trend was reflected in an important number of other statutes sanctioned during the same year 1999. All was ended with the withdrawal of Venezuela from the ICSID Convention in 2012, and two years later, with the repeal of the 1999 Investment Law.

#### **X. THE EPILOGUE: THE REPEALING AND SUBSTITUTION OF THE 1999 INVESTMENT LAW BY THE FOREIGN INVESTMENT LAW OF 2014**

The epilogue of the whole process leads by the Government of retracting from what was established in the 1999 Investment Law, after the withdrawal of Venezuela from the ICSID Convention, was the repeal of the 1999 Investment Law, and its substitution in 2014, by the Law on Foreign Investments of November 2014,<sup>318</sup> in which international arbitration was just eliminated, as well as the general regulations for the purpose of promoting investments. The general principle in the new statute is that foreign investments are subjected to the jurisdiction of national courts, being the State authorized to participate and use the means of solution of controversies established within the integration process of Latin America and the Caribbean (article 5).

The new Law, can be considered as a classical statute issued for the purpose of regulating, restricting and controlling foreign investments in order to “attain the harmonic and sustainable development of the Nation.” All foreign investments made of equipment, or tangible goods

---

<sup>318</sup> See in Official Gazette N° 6.152 Extra of. November 19, 2014.



assets” (article 23); must be registered before the Administration, in an amount of at least one million US\$ or equivalent in foreign currency (article 24) and must remain in the country for at least five years (article 25). The Ministry of Commerce and the National Center for External Commerce (*Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX)*) are the administrative bodies in charge of enforcing the Law.

On the other hand, according to the Law, all strategic sectors are reserved to the State (article 21) which means that also the Venezuelan investors are excluded for investment.



## NOVENA PARTE

### “ARBITRABILITY” MATTERS BEFORE ARBITRAL TRIBUNALS IN CASES RELATED TO PUBLIC CONTRACTS, AND THE QUESTION OF THE EXCUSE OF “*FAIT DU PRINCE*”

#### THE CASE OF THE UNILATERAL TERMINATION AND ASSETS’ CONFISCATION OF PRIVATE INVESTMENTS IN THE HYDROCARBONS JOINT VENTURE EXPLOITATIONS IN VENEZUELA IN 2007, BY MEANS OF A DECREE-LAW.

According to article 5 of the 1975 Law Reserving to the State the Industry and Commercialization of Hydrocarbons (1975 Nationalization Law),<sup>1</sup> private companies in Venezuela were able to participate, and did in fact participate, in primary hydrocarbons activities, which was done in two ways: By means of Operating Agreements and by means of Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements (Association Agreements) which were subscribed with State-owned oil companies

---

<sup>1</sup> See *Gaceta Oficial* N° 35.754 of July, 17-1975. See in general the various articles on the, “Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, in the book: *Homenaje del Instituto de Derecho Público al Profesor Antonio Moles Caubet*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. VIII (1972-1979), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

subsidiaries of Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, during the so-called *Apertura Petrolera* policy implemented in the nineties of last century.

The 1975 Nationalization Law was repealed by the Hydrocarbon Law sanctioned in 2001,<sup>2</sup> in which no regulation was included regarding the existing Association Agreements, establishing instead as the only means for the participation of private companies in primary hydrocarbons industry, the incorporation of mixed companies with State own enterprise, which needed to be approved by Congress. In light of the general principle of the non-retroactive nature of laws (Article 24 of the 1999 Constitution), the provisions of the 1975 Nationalization Law remained in force regarding the Association Agreements, as validly executed public contracts by the State.

In spite of that constitutional principle of non-retroactivity of laws, the fact was that starting in 2006, the Venezuelan State initiated a process of oil “statization” of the Oil industry<sup>3</sup> through the gradual elimination or reduction, by law, of private capital participation in it, extinguishing the Association Agreements, which was completed through three legislative instruments:

---

<sup>2</sup> See in *Gaceta Oficial* N° 36793 of September 23, 1999

<sup>3</sup> We use the word “statization” (*estatización*) in order to distinguish this process from the “nationalization” one, which in the Venezuelan constitutional system combines the decision to reserve to the State certain activities followed by the expropriation (by means of compensation) of the assets affected to the corresponding the activities. See regarding the concept of nationalization in Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, in *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 23-44. . In the process developed in 2006-2007, the reserve to the State was already established in the 2001 Hydrocarbon Law, and the termination of the Agreements was made without compensation. See in general, Allan R. Brewer-Carías, “The ‘Statization’ of the Pre 2001 Primary Hydrocarbons Joint Venture Exploitations: Their Unilateral termination and the Assets’ Confiscation of Some of the Former Private parties” en *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, [www.gasandoil.com/ogel/](http://www.gasandoil.com/ogel/) ISSN: 1875-418X, Issue Vol 6, Issue 2, (OGEL/TDM Special Issue on Venezuela: The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty, ed. By Elizabeth Eljuri), April 2008.

Firstly, by the *Law Regulating Private Participation in Primary Activities*, of April 2006, that declared the extinction or rather the early and unilateral termination of the existing Operating Agreements.<sup>4</sup>

Secondly, by the Decree-Law N° 5200 Concerning the Migration of the Association Agreements of the Orinoco Belt and of the Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements into Mixed Companies, of February 26, 2007 (Migration Law, Decree-Law N° 5200),<sup>5</sup> which decided the early and unilateral termination of the existing Association and Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements entered into between 1993 and 2001, although providing, however, in the latter case, the possibility for such association agreements to migrate to or transform themselves into new mixed companies with minimum 50% State equity participation according to the 2001 Organic Hydrocarbon Law (Articles 22 and 27 to 32); and

Thirdly, by the *Law on the Effects of the Migration Process to Mixed Companies of the Orinoco Belt Association Agreements and the Exploration at Risk and Profit-Sharing Exploration Agreements*, of October 2007 (Law on the Effects of the Migration Process),<sup>6</sup> which “confiscated” the interests, shares, participation and rights of the companies which had participated in such Agreements and Associations, but had not reached the imposed agreements for their migration to mixed companies.

Pursuant to the first two laws, by extinguishing the existing public contracts, according to Article 115 of the Constitution a general inalienable right was generated for the private contracting companies to be fairly compensated for the damages (expropriation of contractual rights) arising from such early and unilateral termination of the public contracts validly entered into by the State. For such purpose, although carried out directly by a statute, according to the Constitution, expropriation processes were due to be initiated concerning those contractual rights corresponding to the private contracting companies, which never were commenced.

---

<sup>4</sup> See in *Gaceta Oficial* N° 38.419 of April 18, 2006.

<sup>5</sup> See in *Gaceta Oficial* N° 38.623 of February 16, 2007.

<sup>6</sup> See in *Gaceta Oficial* N° 38.785 of October 8, 2007.

That is, in the case, no general procedure was followed according to the Expropriations Law by reason of public and social utility (2001), and according to the last of the three above-mentioned laws, what could have initially been seen as the beginning of an expropriation process, by unilateral and early termination of the contracts, became a “confiscation” of rights in the case of the companies that did not reach an agreement with the State to continue operating under the new imposed formula of mixed companies.

**I. EARLY AND UNILATERAL TERMINATION OF THE ASSOCIATION AGREEMENTS AND OF THE EXPLORATION AT-RISK AND PROFIT SHARING AGREEMENTS, AND THE POSSIBILITY OF THEIR TRANSFORMATION INTO MIXED COMPANIES**

The Decree-Law N° 5200 of February 26, 2007, was issued by the President of the Republic, according to the delegation of legislative power made by the National Assembly through an “Enabling” Law (Legislative Delegation Law) issued on February 1, 2007<sup>7</sup> which authorized the Executive to dictate legislation that would allow the State to:

“[...] either directly or through wholly-owned companies, assume control of the activities performed by the associations operating in the Orinoco Belt, including upgraders and exploration at-risk and profit-sharing assignments, to regulate and adjust their activities within the legal framework governing the national oil industry, through mixed companies or wholly-owned State enterprises.”

This legislative delegation sought, firstly, for the State to assume “control of the activities performed by the Associations operating in the Orinoco Belt, including upgraders and at-risk and profit-sharing exploration assignments;” a provision that was in fact unnecessary, since that control already existed through the decision-making methodology regulated by the Association Agreements (Committee of Control), even when the State only had a minority participating interest in them. But apart from that, secondly, what was sought by the legislative delegation was what the Legislator failed to do with the 2001

---

<sup>7</sup> See in *Gaceta Oficial* N° 38.617 of February 1, 2007.

Organic Hydrocarbons Law, and which could not be done, because it could not endow it with retroactive effect by applying the 2001 Organic Law to the previous Association Contracts or Agreements that had been validly executed in accordance with the previous legislation. Therefore, the legislative authorization sought for the Executive to “regulate and adjust their activities within the legal framework governing the national oil industry, through mixed companies or wholly-owned State enterprises.”

Upon executing such legislative delegation, on February 26, 2007, the National Executive issued the Decree-Law N° 5200, thereby ordering the unilateral and early termination of the Association Agreements executed between 1993 and 2001, which, for the contractors that did not agree to the terms unilaterally fixed by the State, implied the expropriation of their contractual rights and the consequent right to be fairly compensated for the damages caused by the execution of such Law.

1. *Early termination of the Association Agreements and the attempt to have them migrate to mixed companies*

In fact, the Decree Law in question provided that:

“[...] the associations between *Petróleos de Venezuela S. A.* affiliates and the private sector operating in the Orinoco Belt, and in the so-called Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements shall be adjusted to the legal framework governing the national oil industry by becoming mixed companies pursuant to the provisions set forth in the Organic Hydrocarbons Law.” (Art. 1).

This meant, purely and simply, to assign retroactive effects to the 2001 Organic Hydrocarbons Law, since it unilaterally imposed the obligation on the Association Agreements incorporated in accordance with the prior legislation to obligatorily adapt to the new Law, and to its terms.

To such end, this Law, once again, provided the early and unilateral termination of public contracts that had been validly executed as Association Agreements between 1993 and 2001, between PDVSA affiliates and different private companies for the performance of

primary activities; providing, moreover, not only that they were to adjust to the new legal framework of the 2001 Organic Law, to which *ex post facto* it gave retroactive effects, but also that:

“[...] all activities performed by strategic associations in the Orinoco Belt, involving the companies *Petrozuata, S.A.*, *Sincrudos de Oriente, S.A.*, *Sincor, S.A.*, *Petrolera Cerro Negro S.A.* and *Petrolera Hamaca, C.A.*; the Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements of *Golfo de Paria Oeste*, *Golfo de Paria Este* and *la Ceiba*, as well as the companies or consortia incorporated in their execution; *Orifuels Sinovensa, S.A.*, as also the affiliates of such companies that conduct business activities in the Orinoco Belt, and throughout the production chain, *will be transferred* to the new mixed companies.”

So, not only the State unilaterally decided to prematurely terminate the contracts, but it was required that if the private investor partners in the Associations Agreements that were being extinguished agreed to their transfer to new mixed companies, they could only opt to be shareholders of the mixed companies with up to a maximum participation of 40% in their equity, and having as State shareholder the *Corporación Venezolana de Petróleo, S.A.* or another affiliate of *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)*, with a minimum 60% share of the equity (Art. 2).

If the investing partner of an Association Agreement agreed to become a minority shareholder of the new mixed company, Article 6 of the Law provided that:

“[...] since this is a particular circumstance of public interest, and pursuant to the sole paragraph of Article 37 of the Organic Hydrocarbons Law, the choice of the minority partners in the migration process of the associations will be made directly.”

The application of this exception to the general principle of selection by means of competitive bidding as required by the 2001 Organic Law could only happen, of course, if the private company that was part or partner of the Association Agreement decided to continue in the operation by forming part, as a minority shareholder, of the new mixed company. Otherwise, according to the Organic Hydrocarbons Law, if the company was not a party to one of the former Association



Agreements, but rather a new private shareholder of the new mixed company that was to take on the operations of a former Association Agreement, it would have to have been selected by means of competitive procedures (Art. 37).

If the shareholding companies of the Association Agreements that were unilaterally and prematurely terminated by this Migration Law did not reach an agreement with the National Executive to form part, as shareholders, of the new mixed companies, the effect of the Law was to expropriate their contractual rights, whereupon they were entitled, pursuant to Article 115 of the Constitution, to be fairly compensated for the damages caused by the unilateral and early termination of the public contracts.

## 2. *The State's immediate taking over of the operations*

The legislative decision to unilaterally and prematurely put an end to the Association contracts implied the need to ensure the State's immediate assumption of the actual industrial operation of each association Agreement.

To such end, the Law provided that the State shareholding company of the potential mixed companies was to be *Corporación Venezolana del Petróleo, S.A.* or the *Petróleos de Venezuela, S.A.* affiliate designated to such effect, had to form within 7 days following the publication of the Decree-Law, that is by March 5, 2007, "a Transition Commission for each Association," also providing that such Commission had to include "the current board of directors of the respective Association, in order to guarantee *the transfer to the state company* of control over all the activities performed by the associations," in a process that ended of April 30, 2007 (Art. 3).

To such end, the Law provided that the private sector companies that had formed part of the Association Agreements were to cooperate with *Corporación Venezolana de Petróleo, S.A.* in ensuring a safe and smooth changeover of the operator (Art. 3).

Article 2 of the Law, attributed to the Ministry of People's Power for Energy and Petroleum the power, in each case, to unilaterally determine:

“[...] the appraisal of the Mixed Company, the shareholding participation of the Petróleos de Venezuela, S.A. affiliated designated to such effect, and the appropriate economic and financial adjustments” (Art. 2).

So, it was for the State to unilaterally determine, through the respective Ministry, the value of the new mixed company to be set up to substitute each Association Agreement; the shareholding participation percentage corresponding to the PDVSA affiliate to be shareholder in each mixed company substituting each Agreement, which shareholding could in no case be less than 60% of total equity; and “the appropriate economic and financial adjustments”.

Moreover, Article 7 of the Law expressly provided that the infrastructure, transportation services and improvements of the Orinoco Belt associations and of the so-called Exploration at Risk and Profit-Sharing Agreements, were to be “freely used according to the guidelines which, by means of a Resolution, are issued by the Ministry of People’s Power for Energy and Petroleum,” for which purpose, “the costs derived from the use of such services, will be determined by common agreement between the parties, failing which, the Ministry of People’s Power for Energy and Petroleum will set the conditions for their rendering.”

3. *The deadline for private companies to decide on their incorporation into the mixed companies*

Although the Law provided that the transfer of the Association Agreements to the State be immediate, as well as the consequent assumption of the operation of the Agreements by the corresponding state company, Article 4 of the Law gave the private sector companies that had been part of the extinguished Orinoco Belt Association Agreements and the so-called Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements, a four (4) month term starting on the date the Law was published (February 26, 2007), that is, until June 26, 2007, to “agree on the terms and conditions of their *possible participation* in the new Mixed Companies,” understood to be with the respective Ministry, also providing that in such case they would be conceded “two (2) extra months to submit the aforementioned terms and conditions to the National Assembly for the corresponding authorization, pursuant to the Organic Hydrocarbons Law.”

Now, once the four-month term had elapsed, on June 26, 2007 “without having reached an agreement on the incorporation and operation of the Mixed Companies,” then the Republic, through *Petróleos de Venezuela, S.A.* or any of its affiliates, was to *directly take over the activities* performed by the associations to ensure their continuity, by reason of their character of public use and social interest (Art. 5).

Nothing was mentioned in the *Migration Law* about the rights to be indemnified of the private companies that did not reach the agreement to continue as partners of the new mixed companies. However, as mentioned above, the result of the retroactive application of the 2001 Hydrocarbon Law on the Association Agreements, validly executed before such Law’s coming into force, was an early and unilateral termination of the Association Agreements, and an expropriation initiated by a decree-law of the contractual rights of the contractors under such Agreements, the aforesaid, pursuant to Article 115 of the Constitution, was due to gave rise to an expropriation process to guarantee their right to be fairly compensated for the damages caused, which never occurred.

#### 4. *Rights of the new mixed companies*

Article 8 of the Law provided that the National Executive had, by Decree, to transfer to the Mixed Companies resulting from the migration process “the right to conduct their primary activities, and to also adjudicate to them the ownership or other rights over movable or immovable property belonging privately to the Republic, that may be required for the efficient exercise of such activities.” Such rights, however, could be revoked “if the operators fail to comply with their obligations, in such a way as to achieve the purpose for which such rights were transferred” (Art 8).

Similarly, by Resolution, the Ministry of People’s Power for Energy and Petroleum had to designate “the areas in which the Mixed Companies were to conduct their primary activities, which were to be divided into lots with a maximum area of one hundred square kilometers (100 km<sup>2</sup>)” (Art. 9).

#### 5. *Applicable law and jurisdiction*

Finally, Article 13 of the Migration Law provided that

“All facts and activities associated with this Decree-Law shall be governed by National Law, and the disputes deriving therefrom shall be submitted to Venezuelan jurisdiction, as provided in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.”

Regarding this provision, it should first be remembered that all the effects produced by any law passed in Venezuela, by virtue of the principle of territoriality are in principle governed by national legislation; thus, if nothing is expressly provided otherwise in the text of the law, all juridical situations deriving from any law are governed by “National Law.”

Apart from this, the Law set forth, with faulty drafting, that disputes arising from its provisions are to be submitted to Venezuelan jurisdiction and, once again, such disputes could not be resolved in any other way, unless the legislator expressly renounced Venezuelan jurisdiction. Therefore, disputes arising in regard to the migration of the former Associations to the new mixed companies, or from the agreements reached by the former partners of Association Agreements upon incorporating their companies as minority partners of the new mixed companies, could only be resolved by national jurisdiction.

Moreover, for example, disputes arising from decisions in the Decree-Law and their application were, without doubt, in principle also subject to Venezuelan jurisdiction, for example, in regard to the possibility of challenging the regulations of the Migration Law before the Constitutional Jurisdiction, by reason of their unconstitutionality, or challenging before the Contentious-Administrative Jurisdiction the administrative actions dictated by the National Executive pursuant to the Migration Law.

But this provision of article 13 of the Law, in no way implied the annulment of the clauses of the Association Agreements whose early and unilateral termination was resolved by the Decree Law, providing the submission of controversies deriving from the execution, performance and breach of the Association Agreements to international arbitral jurisdiction, as authorized by Article 151 of the Constitution. In other words, according to such constitutional provision, the contractors were entitled to have the disputes deriving from the execution, performance, breach, and early and unilateral termination of those

Association Agreements, according to the arbitration clauses to be resolved in the manner provided therein. The contrary would mean to give retroactive effect to the Migration Law, which was prohibited by Article 24 of the Constitution which disallows the attribution of retroactive effects to legislative provisions.

Therefore, Article 13 of the 2007 Law could not be interpreted as a regulation that could signify the “annulment” of the previous contractual arbitration clauses for the solution of disputes that were provided in the Association Agreements that were deemed terminated, derived precisely, for example, from the State’s breach of the Agreements, such as would arise from its premature termination.

## **II “CONFISCATION” OF INTERESTS, SHARES, PARTICIPATIONS AND RIGHTS OF COMPANIES THAT DID NOT REACH AN AGREEMENT WITH THE STATE TO MIGRATE TO MIXED COMPANIES**

### *1. The definitive extinction of the former Agreements and Associations*

According to the aforesaid, pursuant to the Decree Law N° 5200 containing the *Law Concerning the Migration of the Association Agreements of the Orinoco Belt and of the Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements into Mixed Companies* of February 2000, the activities exercised by the former strategic associations of the Orinoco Belt, comprising the companies *Petrozuata, S.A., Sincrudos de Oriente, S.A., Sincor, S.A., Petrolera Cerro Negro S.A and Petrolera Hamaca, C.A*; the Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements of *Golfo de Paria Oeste, Golfo de Paria Este and La Ceiba*, as well as the companies or consortia incorporated in their execution; *Orifuels Sinovensa, S.A.*, as also the affiliates of such companies that conducted business activities in the Orinoco Belt, and throughout the production chain, were ordered to be transferred to the new mixed companies; and from such order, it resulted that some of them were incorporated into mixed companies in which private capital participated.

In such cases, according to the *Law on the Effects of the Migration Process* of October 5, 2007<sup>8</sup>, the agreements that had given rise to the Associations referred to in the Decree-Law N° 5200 “were extinguished” as of the publication date of the “decree that ordered the transfer of the right to exercise primary activities to the mixed companies incorporated pursuant to such Law” in the *Official Gazette* of the Republic (Art. 1).

Insofar as the Agreements in which, according to the same Decree Law N° 5200 of February 2007, none of the private companies that were formerly part of the corresponding associations, had reached an agreement to migrate to mixed companies within the term established in Article 4 of such Law, pursuant to the *Law on the Effects of the Migration Process* of October 5, 2007, such agreements were to be extinguished “as of the publication date” of such Law in the *Official Gazette* of the Republic (Art. 1)

As was said, the Decree Law N° 5.200 had made no mention of the rights to indemnity and compensation of the private companies that had not reached an agreement to continue as partners of the new mixed companies, by virtue of the early and unilateral termination of the Agreements and Associations, which they had according to the provisions of Article 115 of the Constitution. However, this could be considered an expropriation initiated by a special law, although ignoring the provisions of the general Law of Expropriations, which implied, in accordance with the Constitution, the companies’ right to be indemnified.

But instead of proceeding to expropriate, the State chose to definitively “confiscate” such rights by purely and simply declaring the agreements extinguished as of the publication date of the *Law on the Effects of the Migration Process* of October 5, 2007.

2. *Confiscation of the rights of the private companies that participated in the Agreements and Associations by appealing to the principle of “reversion”*

For purposes of executing such confiscation, Article 2 of the *Law on the Effects of the Migration Process* expressly provided that “the

---

<sup>8</sup> *Official Gazette* N° 38.785 of October 8, 2007.

interests, shares and participations” in the associations referred to in Article 1 of the Migration Law in the companies incorporated to develop the corresponding projects, and in “the assets used to conduct the activities of such associations, including property rights, contractual and other rights,” which, until June 26, 2007 (pursuant to the term established in Article 4 of the aforementioned Law) “belonged to the private sector companies with whom agreement was not reached for migrating to a mixed company, *are hereby transferred, based on the principle of reversion*, without the need for any additional action or instrument, to the new mixed companies incorporated as a result of the migration of the respective associations, except for the provisions of Article 2 herein.” This provision, according to the Venezuelan constitutional régime constitutes a confiscation of such assets, which is prohibited in the Constitution (Art. 116).

In other words, the State, by Law, ordered the forced transfer of privately-owned assets to the newly incorporated mixed companies without compensation or process, in all the cases where *some* of the other private companies of the respective agreement or association will have agreed to form part of the mixed companies. Article 4 of the Law clarified that in such cases “the transfers of interests, shares, participations and rights” provided in the Law “shall not generate tax liabilities in the Bolivarian Republic of Venezuela for any person or entity.”

But in the cases where “*none* of the companies making up the private part of the association agreements reached an agreement to migrate to a mixed company within the established term,” pursuant to Article 3 of the *Law on the Effects of the Migration Process* “the interests, shares, participations and rights” of the same were ordered kept “*as property of the affiliate* of Petróleos de Venezuela, S.A. that took over the activities of the association in question, until the National Executive determines the affiliate that will definitively perform such activities.”

This is, anyway, as was said, a forced transfer of privately-owned assets to the State, declared by the Legislator, without any compensation or process whatsoever, which constitutes confiscation prohibited under Article 116 of the Constitution. On the other hand, in these cases, in no way the takeover can be justified by recurring to the “principle of

reversion,” a figure that is essentially associated with the figure of administrative “concessions” which do not exist in hydrocarbons matters, and that is applicable only when the corresponding contract arrives to its term, once the assets being duly amortized.<sup>9</sup>

In fact, one of the classic principles of administrative law in relation to the concession of public services, for the construction and use of public works and for the exploitation of public domain assets, has been the necessary reversion of the service or of the works constructed to the conceding Administration once such concession is extinguished according to the term of the contract. This is a principle that sought to ensure the continuation of the rendering of the service, of the use of a public work or of an exploitation of public assets, independently of the concessionary’s participation once the concession was extinguished at its term.

However, when it is a means of extinction of the private property of the concessionary over the assets used for the service or of the works constructed, property guarantees, and legal reserves impose the need for the principle of reversion being set forth in the express legal text.<sup>10</sup> In matters of hydrocarbons concessions, for example, the principle was established in the 1961 Constitution itself (Art. 103) and the old Hydrocarbons Law (Art. 80), pursuant to which the 1971 “Law on assets subject to reversion in the hydrocarbons concessions.”<sup>11</sup> In absence of an express legal text, therefore, the reversion can only proceed if it has been expressly regulated in the concession contract.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> See in general Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras,” en *Estudios de derecho público en homenaje al Prof Horacio Cassinelli Muñoz* (Alicia Rodríguez Galusso, Coordinadora), Universiad Católica del Uruguay, Montevideo 2016, pp. 27-66.

<sup>10</sup> Moreover, in this sense, it was the 1961 Constitution (Article 103) that established the principle of the concession in hydrocarbons matters, in regard to the land (immovable property) affected by such concessions.

<sup>11</sup> See *Official Gazette* N° 29577 of 06-08-1971

<sup>12</sup> As has been said by Eduardo García de Enterría and Tomás R. Fernández, under this perspective, the reversion “loses its old character of being an essential element of every concession and comes to be regarded as an



This was, moreover, the orientation followed by the Organic Law for the Promotion of Private Investment under the Concessions régime,<sup>13</sup> when providing in Article 48 relative to the “reversion of works and services” that is the respective *contract* the one to establish, among other elements, “the assets which, since they are associated with the work or the service in question, *will revert to the conceding entity, unless it had not been possible to amortize them during the aforementioned term.*” To such end the regulation also provides that during a prudent period prior to the termination of the contract, the conceding entity shall adopt provisions such that upon delivery of the assets to be reverted, the *conditions accorded* in the contract are verified. The regulation also provides that the contract expresses “the works, facilities or assets *not subject* to reversion to be executed by the concessionary, which, if deemed to be of public usefulness or interest, may be subject to reversion after due payment of their price to the concessionary.”

Therefore, if there is no legal provision that establishes the reversion of assets in concessions of public services, public works or the use or exploitation of assets of the public domain, or if such reversion is not provided in the concession contract, then upon termination of the concession, the concessionary is not obliged to revert any asset to the Administration that has been acquired or constructed or that has been associated with the concession, nor may the Administration pretend to appropriate or take possession of them. It would only be able to do so through expropriation, according to the Constitution and the Law.

In general terms, it must be said that the Orinoco Belt Association Agreements and Exploration at Risk and Profit Sharing Agreements to Mixed Companies – beside the fact that they were in no way “concessions” –, after establishing a term of 35 years for their termination, expressly provided that at the Date of Termination, the foreign partners were to transfer to the State Own partner company,

---

accidental element of the business, that is, it is admissible only in the case of an express accord, like one more piece, when conceived in this way, of the economic formula that all concessions consist in”, in their *Curso de Derecho Administrativo I.*, Thirteenth Edition, Thomson-Civitas, Madrid 2006, p. 763.

<sup>13</sup> *Official Gazette* N° 5394 Extra. of 25-10-1999.

without compensation, their part on the Join Venture, including the interest in any entity or association and the rights and interest in all the assets and contracts of common property of the Parties regarding the projects. This provision can be considered similar to the reversion institution of concessions, but in these cases, the obligatory transfer of assets was only to be applied when the Agreements arrive to their precise Date of Termination, that was, after the fixed 35 years of Duration had been elapsed, which means that it was not applicable in any other case of anticipated termination of the contracts not provided in the contracts. Otherwise, it would be a confiscation forbidden by the Constitution, as was accomplished with the *Law on the Effects of the Migration Process*<sup>14</sup>.

### 3. *Applicable legal regime and jurisdiction*

Just as provided in the *Migration Law* (Art. 13), Article 5 of the *Law on the Effects of the Migration Process* also provided that “all the facts and activities subject to its provisions, shall be governed by the laws of the Bolivarian Republic of Venezuela, and the controversies derived therefrom shall be submitted to its jurisdiction, as provided in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.”

Regarding this provision, it must also be remembered that any effect produced by any law passed in Venezuela, by virtue of the principle of territoriality, is in principle governed by the national legislation;

---

<sup>14</sup> This Law, moreover, does not refer to “hydrocarbons concessions,” which disappeared from the legal order decades ago. In a December 3, 1974 decision of the former Supreme Court of Justice (Case: *Challenge to the Law of assets affected by reversion in the oil concessions*), when referring to the reversion established in Articles 103 of the 1961 Constitution and 80 of the old Hydrocarbons Law, the Court said that “both laws contemplate the transfer of assets to the State without compensation upon extinction of the concession, and it is evident also that both the confiscation by means of which determined assets are seized from a person without any indemnity whatsoever, and the expropriation, which supposes a special compensation procedure, are figures different to reversion, by virtue of which the assets belonging to the grantor, as well as those of the concessionary, that are for the concession, return to the hands of the grantor when for any reason the concession reaches its end”. See *Official Gazette* N° 1718 Extra., of January 20, 1975, pp. 22-23.

therefore, if nothing to the contrary is provided in the text of the law, all the legal situations deriving from any law are governed by the “National Law.”

This Law also provided, with poor drafting, that the controversies deriving from its provisions were to be submitted to Venezuelan jurisdiction and, again, this could not be any other way, unless the legislator were to expressly renounce Venezuelan jurisdiction. Therefore, the disputes arising from the migration of the former Associations to the new mixed companies, or the agreements that may have been reached by the former partners of the Association Agreements upon incorporation, pursuant to the Law’s provisions, as minority partners, could only be resolved by national jurisdiction.

Moreover, for example, the controversies deriving from the decisions contained in the Law and its application were doubtless in principle subjected to Venezuelan jurisdiction, for example, insofar as the possibility of challenging, by reason of unconstitutionality, the provisions of the Law on the Effects of the Migration Process before the Constitutional Jurisdiction, or of challenging the administrative acts which, pursuant to such Law, may be dictated by the National Executive, before the Contentious-Administrative Jurisdiction.

But this by no means implied the annulment of the clauses of the Association Agreements whose early and unilateral termination led to ordering the forced transfer of privately-owned property to the State, for example, establishing the submission of disputes deriving from the execution, performance and breach of the Association Agreements to international arbitral jurisdiction, as authorized by Article 151 of the Constitution. So, the contracting parties, in such cases, were entitled to seek the resolution of disputes deriving from the execution, performance and breach of such Association Agreements, being public contracts, in the manner provided in them. If it were not so, it would mean giving retroactive effect to the *Law on the Effects of the Migration Process*, which is prohibited by Article 24 of the Constitution.

Therefore, Article 5 of the *Law on the Effects of the Migration Process* could not signified the “annulment” of prior contractual dispute-resolution clauses set forth in the Association Agreements whose private rights were being confiscated.

### III. THE ARBITRATION CLAUSES IN THE ASSOCIATION AGREEMENTS

In Venezuela, before 1947, the Constitution historically required, as a general principle, that public interest contracts were to be governed by, and interpreted in accordance with Venezuelan law, and for all disputes relating to such contracts to be resolved through Venezuelan courts as the exclusive forum.<sup>15</sup> This was known as “absolute jurisdictional immunity” principle.

However, in 1947, the Constitution was amended to introduce the principle of “relative jurisdictional immunity,” which, under specified circumstances, allowed the parties to a public interest contract to agree to foreign (non-Venezuelan) substantive law, and/or for dispute resolution in a forum other than Venezuelan courts such as arbitration, provided that congressional approval was granted (arts 107, 108, Constitution of 1947).<sup>16</sup> Congress could grant such approval where the underlying activity of the contract was commercial or industrial, or indeed whenever the Administration considered that arbitration was the appropriate mechanism given the objectives of the contract.

This principle of relative jurisdictional immunity for public interest contracts has continued uninterrupted in the Venezuelan Constitution in subsequent years. In particular, like Article 127 of the Venezuelan Constitution of 1961 (also Article 151 of the Constitution of 1999) provided that:

“In the public interest contracts, *unless inapplicable by reason of the nature of such contracts*, a clause shall be deemed included even if not expressed, whereby any doubts and controversies which may be raised concerning such contracts and which cannot be resolved

---

<sup>15</sup> Venezuelan Constitution (1893), Article 149, “In every public interest contract there shall be a clause by which “doubts and controversies that may arise regarding interpretation (*inteligencia*) and performance (*ejecución*), shall be decided by Venezuelan courts and according to the laws of the Republic.” See in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Tomo II.

<sup>16</sup> See in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Tomo II.

amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws and shall not on any grounds or for any reason give rise to foreign claims.”<sup>17</sup>

According to this provision, from 1993 on, Congress approved the framework for the Association Agreements of the *Apertura Petrolera* policy for the commercial and industrial purposes of carrying out the production and upgrading of extra heavy crudes from the Orinoco Oil Belt.” Such Agreements included arbitration provisions, as for example was authorized in the Congressional Approval of one of the Associations, the Petrozuata Association Agreement, which provided in Article 23:

“The Association Agreement, the execution of which is authorized, shall be governed by, and interpreted in accordance with the laws of the Republic of Venezuela. Any dispute or claim that might arise in connection therewith shall be resolved, definitively and finally, by international arbitration under the rules of the International Chamber of Commerce of Paris, in New York City, unless the parties agree on another location.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> In debates before the National Constituent Assembly in 1999, I insisted on the inclusion of this text, which is materially identical to Article 127 of the 1961 Constitution. See Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” in Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 de Agosto - 8 de Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 209-233. See on this article the general comments of Juan Carlos Balzán P., in *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: “Allan Randolph Brewer-Carías”, Los Contratos Administrativos. “Contratos del Estado”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativos, Caracas, 2005, Tomo II, pp. 293-299.

<sup>18</sup> *Congressional Authorization of the Petrozuata Association Agreement between Maraven S.A. and Conoco Inc.*, Gaceta Oficial, N° 35,293, published September 9, 1993 (*Petrozuata Congressional Authorization*), See also id., Article 18 (referring to “the commercial company that will be created and the activities of various sorts based on such legal acts, in particular commercial activities...”).

The only matters excluded from arbitration in the Conditions approved by Congress where those “fundamental decisions of national interest related to the execution of the Agreement” adopted by the “Control Committee” (Clause Seventeen).

In any case, the approval by Congress of the general contractual conditions of the Association Agreements and of the clauses of each of them, was a clear recognition that these contracts were commercial rather than sovereign in nature, considering and deciding that the exclusive jurisdiction of Venezuelan courts was “inappropriate.”

The validity of the arbitration clauses in the Association Agreements was upheld by the Venezuelan Supreme Court in a decision issued in September 1999, when deciding the case of the challenging of the Congress Approval of the Conditions of the Association Agreements, admitting arbitration over commercial claims, as opposed to sovereign claims. The Supreme Court clarified that the “nature” to which Article 107 of the 1947 Constitution and Article 127 of the 1961 Constitution referred:

“cannot solely and exclusively be reduced to the commercial nature, since this would commit the error of excluding other types of contracts where, not being commercial by nature, the circumstances of the negotiation also require or recommend the inclusion of an arbitration clause. This leads us to conclude that the Administration can and has to estimate the specific circumstance of the case, and whenever such circumstances involve a general interest, the public interest, definitely, the convenience of the collective, the suitability of arbitration as a mechanism that contributes to better achieve the purposes that are pursued with the contract, which in no manner postulates a discretion in terms of *lato*, since this is protected by Article 126 of the Constitution, which requires approval by the National Congress in the case of contracts of national interest.”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> See the text of the decision in Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, con un APÉNDICE con los documentos del Caso del Juicio de nulidad de la autorización parlamentaria para los contratos de la “Apertura

Although the Supreme Court was considering the Association Agreement's arbitration clauses generally, and not any specific claims brought under them, it clearly recognized the commercial nature of the Association Agreements and, consequently, the commercial nature of the disputes arising under them. Specifically, the Supreme Court concluded:

“In the specific case of the Association Agreements authorized by the Resolution of Congress on July 4<sup>th</sup>, 1995, their *nature, which is not only commercial but also transcendent to achieve the economic measures* adopted by the Administration and validated by the National Congress, falls under the definition set forth in the constitutional rule and does not violate the latter, therefore the allegation of unconstitutionality on this ground must be rejected. This is our ruling.”

It must be mentioned that other Venezuelan laws also provided for state entities to include arbitration clauses in their public contracts. For example:

- Decree Law N° 138 of Concessions of Public Works and Public Services of 1994, which was in force at the time of the Association Agreements, provided that public interest concession contracts may include arbitration clauses, in order to resolve “the doubts and controversies arising from the interpretation or the execution of the contract” (art. 10).<sup>20</sup>

- The Decree Law containing the Organic Law on the Promotion of Private Investment through Concessions of 1999, which substituted Decree Law N° 138 of 1994, also permitted the inclusion of arbitration clauses in administrative concession contracts for the “solution of conflicts arising from the execution, development and extinction of concession contracts” (art. 61).<sup>21</sup> Venezuelan courts

---

Petrolera” (1996-1999), Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, N° 3, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

<sup>20</sup> Decree Law N° 138 of *Concessions of Public Works and Public Services*, Official Gazette, N° 4.719 Extra, published April 26, 1994.

<sup>21</sup> *Decree Law N° 318, amending Decree Law N° 138, from April 20 1994*, published September 17, 1999 issuing the *Ley Orgánica sobre promoción de*

have repeatedly confirmed the lawfulness of such arbitration provisions in administrative contracts for public services and public works.<sup>22</sup>

- The Organic Law of the Development of Guyana (Decree Law N° 1.531 of November 7, 2001) expressly permitted public entities to submit to arbitration for any kind of controversies arising from the execution of administrative contracts.<sup>23</sup>

- The Organic Law on the Public Services of Distribution of Drinking Water and Sanitation of 2001 also provided for the possibility of arbitration.<sup>24</sup>

All these statutes expressly recognized the power of the State and its public entities to submit controversies arising from public interest contracts to arbitration.

---

*la inversión privada bajo el régimen de concesiones*, Official Gazette, N° 5.394 Extra, October 25, 1999. See Diego Moya-Ocampo Panzera y María del Sol Moya-Ocampo Panzera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” in *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19, Editorial Sherwood, Caracas, Julio-Diciembre 2004, p. 174.

<sup>22</sup> See, e.g., Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Colección Textos Legislativos N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 12, 28, 29, 155. See also my comments on this regime in my book: *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, (Caracas, 2013), pp. 547-548.

<sup>23</sup> Decree Law N° 1.531 on the partial amendment of the *Organic Law of the Development of Guayana*, Official Gazette N° 5.553 Extra, published November 12, 2001.

<sup>24</sup> Law N° 75, *Organic Law on the Public Services of Distribution of Drinking Water and Sanitation*, Official Gazette N° 5.568 Extra., published December 31, 2001.



This allowed Víctor Balzán, to conclude that in Venezuela, “without doubt there is a clear legislative tendency towards the admission of arbitration in contracts referred to the commercial activity of Public Administration.”<sup>25</sup>

As already mentioned, in 1999, the Venezuelan Supreme Court confirmed this understanding, in the decision issued regarding the challenge to the Associations Agreements conditions, the Supreme Court held that the extra-heavy crude oil Association Agreements: (a) were consistent with the Venezuelan Constitution; (b) were commercial, as opposed to sovereign, in nature; and (c) could be subject to arbitration.<sup>26</sup> The Court thus upheld the arbitration clauses in these Agreements, finding as was said, that their nature is commercial and that

---

<sup>25</sup> Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999,” in *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías,” Los contratos administrativos. “Contratos del Estado”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2005, p. 299. See also: Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 551-552.

<sup>26</sup> 1999 Supreme Court Decision, September 1999, pp. 29-31. In this case, I, together with Professor Román José Duque Corredor, represented PDVSA, defending the constitutionality of the Decision of Congress establishing the Conditions for the Association Agreements, including the clause establishing arbitration for the solution of controversies. See all the arguments filed on behalf of PDVSA defending the Arbitration clauses in the Arbitration Agreements in Allan R. Brewer-Carías, Ed., *El Caso de la Apertura Petrolera (Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999)* (Caracas, 2001), (*El Caso de la Apertura Petrolera*), pp. 160-172. And in *Allan R. Brewer-Carías, Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Con un APÉNDICE con los documentos del *Caso del Juicio de nulidad de la autorización parlamentaria para los contratos de la “Apertura Petrolera” (1996-1999)*, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, N° 3, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

their purpose was “achieving the economic measures adopted by the Administration and validated by the National Congress.”<sup>27</sup>

This approach was later confirmed by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in its decision N° 1.541 of October 18, 2008 (Case: *Interpretation of article 258 of the Constitution on the promotion of arbitration*),<sup>28</sup> in which the Supreme Tribunal held that the State, or a public or private law entity of the State, may exercise its sovereignty by opting to agree to be bound by arbitration (domestic or international).<sup>29</sup> The Tribunal noted that “the perception [...] of arbitration’s incompatibility with public policy, imperative provisions, and the principle of protection of special legislation,” has been overcome.<sup>30</sup> The Supreme Tribunal stated that:

“the possibility to submit matters of contracts of general interest to arbitration or to other alternative means for the resolution of conflicts, derives, among other circumstances, from the undisputed need of the State to directly or indirectly enter in commercial relations with foreign entities for the development of activities of common interest, that in many cases the Public Administration or the private sector of the State cannot accomplish. That is why [the State] not only entered into contracts with foreign companies but encourages and regulates together with other national States, advantages and conditions for foreign investments. And it is within those conditions that encourage and allow foreign investments that it is a common practice, wanted by the majority of investors, the need to submit possible differences derived from the development of the corresponding economic activities, to a jurisdiction that from the standpoint of the interested parties, does not tend to favor the internal interest of each State or of private parties included in the controversy.”<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> 1999 Supreme Court Decision, September 1999, p. 33.

<sup>28</sup> Venezuelan Supreme Tribunal Decision N° 1541, October 17, 2008.

<sup>29</sup> 2008 Supreme Tribunal Decision, p. 18 (“[T]he possibility has been recognized that a State or other public state entity of public or private law can submit itself to a national or international Arbitration proceeding, which indicates ... an undoubted manifestation of an exercise of sovereignty.”)

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 27-28.

<sup>31</sup> *Idem*, pp. 27-28

In this decision, regarding Article 151 of the 1999 Constitution, the Supreme Tribunal pointed out that the State, in public interest contracts, could submit conflicts arising from them to arbitration to facilitate *economic* international relations.<sup>32</sup> The Tribunal confirmed that the expression in Article 151 that “*unless inapplicable by reason of the nature of such contracts (...)*” must be understood as referring to “the effective possibility of developing a specific economic activity or business, that involves matters of public interest.”<sup>33</sup> Thus, taking into account that in no case “could [the State] be subjected to the jurisdiction of courts of other States on sovereignty matters,” it is beyond doubt that arbitration is possible “when the State directly or indirectly –[e.g., through] public enterprises– acts or develops activities of evident commercial character that in no way could these activities be included in the sovereignty exception.”<sup>34</sup>

The Supreme Tribunal Decision N° 1541 of 2008, was confirmed by the same Tribunal in Decision N° 97 (2009), rejecting a request for a declaration that the State cannot consent to arbitration in public interest contracts.<sup>35</sup> The Tribunal again observed the principle of relative jurisdictional immunity, noting that the “indisputable need for arbitration in general interest contracts derives from the need for the State to enter in direct or indirect commercial relations with foreign parties for the development of activities of common interest.”<sup>36</sup>

It is clear, therefore, that only disputes directly challenging the exercise of sovereign powers by the State are excluded from arbitration in public interest contracts. State exercise of sovereign powers means the exercise of public powers by the legislative or executive organs of the State, that is, as provided in the Commercial Arbitration Law, those “directly concerning the *imperi* attributions or functions of the State or of persons or entities of public law” (Art. 3.b).<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> *Idem*. p. 28.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>35</sup> Venezuelan Supreme Tribunal Decision No. 97, February 11, 2009.

<sup>36</sup> *Idem*, pp. 14-15.

<sup>37</sup> Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial, No. 36.430 of 7 April 1998. See on this Law, Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de

**IV. ARBITRABILITY CHARACTER OF THE MATTER SUBMITTED TO ARBITRAL TRIBUNALS IN THE CASE OF THE CONFISCATION OF ASSETS AS A CONSEQUENCE OF THE DECREE LAW NO 5200 OF 2007, WHICH EXTINGUISHED THE ASSOCIATION AGREEMENTS**

As has been explained, under the principle of relative jurisdictional immunity, Venezuelan Congress in the case of the *Apertura Petrolera*, approved the Association Agreements, as public interest contract, providing for dispute resolution by arbitral tribunals, outside Venezuelan courts, considering it appropriate given the nature of the contract, in this case, being the contracts commercial or industrial in nature.

Consequently, in the case of Decree Law N° 5200, many private companies that were part of the Association Agreement that were extinguished, file before arbitration tribunals claims based on Willful Breach of the contracts by the public contracting party. Those claims did not challenge the validity of Decree Law No, 5200 or of any sovereign act, but instead they referred to the Public contracting party conduct in breach of contracts with a commercial nature. Therefore, the claims concern commercial, not sovereign acts, and were properly subject to arbitration, that is, they referred to arbitrable matters according to Venezuelan law.

In these cases, it was not possible to argue that the Willful Breach Claim was not arbitrable because it supposedly was based on the implementation of a sovereign decision of the Government, trying to draw a distinction between contract claims involving “sovereign acts” and “commercial acts.” According to this approach, a suggestion was made that the actions of PDVSA and those of its subsidiaries in compliance with their legal duties in implementing the mandate of Decree Law No 5.200, were supposedly distinct from commercial acts under the Association Agreements. On the contrary, the inquiry into

---

Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288. .

whether a particular claim is arbitrable depends, according to the Constitution, on the nature of the underlying *contracts* which, in this case, were public interest contracts with a commercial nature as confirmed by both Congress and the Venezuelan Supreme Court.

In these cases raised before the arbitral tribunal, no claim was filed challenging the State's ability to enact the Decree Law No. 5200 or in any way challenged its validity. The claims were instead "commercial" in nature, in the sense that they sought to hold contractual partners, in these cases, State owned enterprises, responsible for their own alleged acts in violation of the contracts. In these cases, the State was not a party to the contracts or to the arbitrations, and the mere fact that Claims implicated Decree Law N° 5.200, that did not render the dispute as a "sovereign" one.

On these cases, on the other hand, the arbitration clauses in the Association Agreements could not to be interpreted narrowly or "rigorously." On the contrary, under Venezuelan law, arbitration clauses in principle are to be construed broadly where the text supports a broad reading, according to the constitutional mandate for the State to promote arbitration.<sup>38</sup> The arbitration clauses in the Association Agreements were broad in scope; for example involving: "*Any dispute arising out of, or relating in any way to this Agreement shall be settled exclusively and finally by arbitration.*"<sup>39</sup>

In public contracts, in fact, the narrow interpretation of the arbitration clauses has been invoked by the jurisprudence of the Supreme Tribunal, in cases, for instance, to exclude the challenging of the validity of state acts from arbitration.

---

<sup>38</sup> Article 258 of the Venezuelan Constitution provides that "the law shall encourage arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means for resolving conflicts." See also 2008 Supreme Tribunal Decision p. 22 (describing Article 258 as "pro arbitration"). Article 3 of the 1998 Commercial Arbitration Law of Venezuela also supports International arbitration. See in Official Gazette N° 36.430, published April 7, 1998, Article 3.

<sup>39</sup> Hamaca Association Agreement, Article 17.2; see also Petrozuata Association Agreement, Section 13.16 ("All disputes arising in connection with the present Agreement shall be finally settled by arbitration [...]").

It was the case *Minera Las Cristinas*, decided by the Supreme Tribunal on July 15, 2004,<sup>40</sup> in which the claimant sought to submit to arbitration an action to nullify two administrative acts: the rescission of a mining concession and a resolution of the Ministry of Energy and Mines.<sup>41</sup> The Supreme Tribunal found that, under the Venezuelan Code of Civil Procedure, a declaration that administrative acts are null is reserved to the administrative contentious jurisdiction courts.<sup>42</sup> According to the Tribunal, “the legality of an administrative act cannot be controlled through arbitration” and therefore, the arbitral tribunal does “not have the capacity to decide the claimant’s request, and such request cannot be the object of arbitration.”<sup>43</sup>

In other cases, like the *Elettronica Industriale deided by the Supreme Tribunal on April 5, 2006*,<sup>44</sup> the argument was regarding the

---

<sup>40</sup> Case *Minera Las Cristinas, C.A. (MINCA) v Corporacion Venezolana de Guayana (CVG)*, Supreme Tribunal of Justice (Political-Administrative Chamber), Case N° 2002-0464, Judgment dated July 15, 2004 (*MINCA v CVG*).

<sup>41</sup> *MINCA v. CVG*, p. 33 (“Now, what the petitioner seeks to submit to arbitration is the nullification of two administrative acts: the rescission of the contract ordered by CVG and the nullification of the Resolution ordered by the Ministry of Energy and Mines of 6 March 2002”).

<sup>42</sup> *Idem.*, p. 33 (“Based on the foregoing, this Court considers that through this means of dispute resolution, the nullification of the administrative acts is not actionable, since the Code of Civil Procedure –the law chosen by the parties to govern the arbitration– establishes the requirement that the parties must have the power to legally dispose of that which they seek to submit to arbitration, and, in this case, the declarations of eventual nullity of the administrative acts are reserved by the Constitution and the laws to the juridical bodies with jurisdiction in contentious administrative matters.”)

<sup>43</sup> *Idem.*, p. 33 (That is to say, the legality of an administrative act cannot be regulated by arbitration, which under the Fundamental Text (Article 259) of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, formerly the Organic Law of the Supreme Court of Justice, and other special laws, is for the juridical bodies with jurisdiction in contentious administrative matters, which shows that the petitioner, not having the capacity of disposition over that which is requested, cannot submit it to arbitration. So ordered.”)

<sup>44</sup> *Elettronica Industriale S.P.A. v Compania Anonima Venezolana de Television*, Supreme Tribunal of Justice, Case No. 2001-100, Judgment dated April 5, 2006 (*Elettronica Industriale*).

nature of the contract. In it, the Supreme Tribunal nullified an arbitration award against the Venezuelan state-owned television company because the executive who signed the contract containing the arbitration clause was not duly authorized by the Board of Directors, under the bylaws, to do so, *i.e.*, the executive simply lacked capacity.<sup>45</sup> In its decision, the Tribunal considered that the claimant's claim was not arbitrable because the contract was public, rather than commercial, in nature, *i.e.*, the purpose of the contract was to improve the provision of television as a public service with a direct influence on national development, not to make financial profit.<sup>46</sup> The Tribunal concluded that "*in this special class of public interest contracts,*" *i.e.*, public interest contracts related to a *public service*, "that rigorous hermeneutic criteria must be applied in the establishment or determination of matters that may be submitted to arbitration."<sup>47</sup>

By contrast, in the case of the Association Agreements, as discussed above, the Supreme Court of Venezuela and Congress had already determined that they were of a commercial nature.

---

<sup>45</sup> *Elettronica Industriale*, p. 88 ("Now, based on the foregoing it is established that at the moment the contract was entered into, that is, on 17 November 1997, neither the President of VTV, nor the Board of Directors of that commercial Company, were authorized to enter into the arbitration clause on behalf of VTV.")

<sup>46</sup> *Idem.*, p. 96 "Here it is worth clarifying that the State, through VTV, provides a public service, and carries out a public activity, that is, that activity that the State provides for the collective benefit that it can delegate to private persons. But in this case, the State does not with this contract pursue profits and lucrative activities for its own benefit, but rather seeks to improve the service of the public service of television. So, although there may be a profit for the private contracting parties given their commercial nature, such is not the case for the State, since the objectives of the latter are different than the commercial objective of the other contracting companies."

<sup>47</sup> *Idem.*, p. 99.

**V. THE DECREE LAW N° 5200 AND THE ISSUE OF “*FAIT DU PRINCE*” AS AN “EXCUSE” TO JUSTIFY THE BREACH THE ASSOCIATION AGREEMENTS BY THE STATE-OWNED OIL ENTERPRISES**

Other matter that was discussed in many arbitration cases regarding Decree Law N° 5200 of 2007 that extinguished the Associations Agreements of the *Apertura Petrolera*, was if PDVSA and its subsidiaries could justify the breach of the contracts as a consequence of such Decree Law, alleging a supposedly “compliance with law” considering it as a “non-imputable extraneous cause” for the public contracting parties’ violations of their obligations under the Association Agreements.

In our opinion, such cause (Decree Law 5.200), in Venezuelan law, could not be considered as an alleged “act of State” or “act by the Government” that could be extraneous to, and unforeseen by, PDVSA or its subsidiaries.

In effect, under Venezuelan law, breach of contract always entails the defendant’s fault (*culpa*), unless he or she can prove an excuse.<sup>48</sup> In the case of Decree Law N° 5200, the State own enterprises could not relied on the theory of objectively lawful conduct (*conducta objetivamente lícita*) as precluding civil liability. According to such theory, when a defendant is authorized or ordered by law to take an action, that action is by definition lawful, and therefore cannot be unlawful even if it would otherwise constitute a breach of contract. This is the same concept as the defense of *fait du prince* (*hecho del príncipe*), according to which a defendant’s breach is excused because he was compelled to act by an act of the Government.

However, “compliance with law” is not a freestanding doctrine, but rather is subject to the provisions of the Venezuelan Civil Code and long-established principles of Venezuelan administrative law (which governs public interest contracts). The doctrine of the defense of *hecho del príncipe*, derived from administrative law, provides the specific requirements and exceptions to the defense.

---

<sup>48</sup> See, e.g., Gert Kummerow, *Esquema del Daño Contractual Resarcible Según el Sistema Normativo Venezolano* (1964), p. 30 (“In contract cases, the fault of the defendant ... is always presumed.”)



1. *The defense of fait du prince under Venezuelan law*

Under Venezuelan law, liability for breach of contract may be excused when the breach of the obligation is the result of a non-imputable/non-attributable extraneous cause (*causa extraña no imputable*), e.g., *force majeure*, as set forth in Articles 1271 and 1272 of the Civil Code:

“Article 1271: The debtor shall be ordered to pay damages, both for the non-performance of the obligation as well as for the delay in the performance thereof, unless he proves that the non-performance or delay arises from an external cause not attributable to him, even though there has been no bad faith on his part.”

“Article 1272: A debtor shall not be obligated to pay damages when, as the result of an act of God or *force majeure* event, he has failed to give or do what he was obligated to give or do, or if he has performed an act that was prohibited.”

One type of non-imputable extraneous cause is *hecho del príncipe*,<sup>49</sup> a term that can be used interchangeably with the terms “non-imputable extraneous cause” and “force majeure,” as for instance was used by the

---

<sup>49</sup> *F. Jawhari v. La Seguridad, C.A.*, Decision of the First Superior Civil and Commercial Court of the former Judicial Circuit of the Federal District and the State of Miranda, 12 May 1975, (“non-imputable external cause [is] a term that includes acts of God, force majeure, victim’s act or victim’s fault, third party act and the act of the prince”); Eloy Maduro Luyando and Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello (2007) (*Maduro & Pittier*), pp. 222-223 (“The *hecho del príncipe* meets all the requirements of the non-imputable extraneous cause: absolute impossibility of performance due to general or specific provisions of the law of mandatory compliance, irresistible because there is no possibility of avoiding its effects.”); *Niemtsch Cadenas Ingenieros S.A. v. Empresas González*, Decision of the Civil Commercial and Labor Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela, 23 November 1988 (*Niemtsch Cadenas*), pp. 409, 410 (Finding that a non-imputable extraneous cause cannot serve as a defense unless it makes performance of the contract absolutely impossible, there is absence of willful default, and the cause was unforeseeable, unavoidable, and irresistible).

former Supreme Court of Justice in its leading case decision of June 14, 1983 (Case: *Acción Comercial, S.A*) dealing with administrative contracts.<sup>50</sup>

*Hecho del príncipe* (act of prince, or *fait du prince*) has been defined by Venezuelan courts as a prohibitive or mandatory measure of the State, *i.e.*, “any intervention of the Public Powers [...] arising from the *Legislative Power or the Executive*,”<sup>51</sup> issued for a general public interest, which creates an unavoidable obstacle and makes performance of a contract absolutely impossible.<sup>52</sup> Venezuelan scholars Eloy Maduro Luyando and Emilio Pittier Sucre have noted:

“The *hecho del príncipe* includes all the prohibitive or mandatory provisions enacted by the State for reasons of general public interest that must necessarily be accepted by the parties and cause a supervening non-performance of the obligation.... The *hecho del príncipe* meets all the requirements of the non-imputable external

---

<sup>50</sup> The Court referred in the case to rescission of administrative contracts “for supervening motives: ‘*hecho del príncipe*,’ unforeseeable circumstances, *force majeure*.” See Supreme Court of Justice, Political-Administrative Chamber, Decision of June 14, 1983 (Case: *Acción Comercial, S.A*) in *Gaceta Forense* N° 121, Vol. I, 1983, pp. 40-72. Affirmed in Supreme Tribunal of Justice, Political-Administrative Chamber, Decision N° 1090, May 11, 2000 (Case: *Trino Juvenal Pérez Solano v. Alcalde del Municipio Guanipa del Estado Anzoátegui*).

<sup>51</sup> Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 10ma. Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, (Caracas, 1996), p. 341.

<sup>52</sup> See, e.g., *Banco Provincial, S.A. v. Banco Central de Venezuela*, Decision of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela, April 27, 2005 (*Banco Provincial Decision*); José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 61 (2006) (*Mélich-Orsini*), p. 504, fn. 83 (“*Hecho del Príncipe*” (*factum principis*) is referred to as the obstacle to the performance of the promised activity that arises from a legislative act or from an administrative authority, for example”).

cause: absolute impossibility of performance due to general or specific provisions of the law of mandatory compliance, irresistible because there is no possibility of avoiding its effects.”<sup>53</sup>

The ability of a party to invoke *hecho del príncipe* to excuse liability for breach of a civil obligation is only available when the party invoking the defense satisfies certain conditions.<sup>54</sup> In particular, a defense of *hecho del príncipe* is available only if the defendant can show that the government act satisfies all of the requirements of a non-imputable extraneous cause (*causa extraña no imputable*), *i.e.*, the act occurs after the parties enter into the contract; is unavoidable, unforeseeable, and irresistible; occurs in the total absence of fault of the defendant; and renders performance absolutely impossible.<sup>55</sup> If the defendant procured the relevant act, then these elements are not satisfied, and the defense is simply not available.<sup>56</sup> Two of these elements of the defense can be highlighted:

---

<sup>53</sup> *Maduro & Pittier*, pp. 222-223; see also Rafael Bernad Mainar, *Derecho Civil Patrimonial, Obligaciones*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Caracas, 2006), p. 172 (“Decree of the prince. It refers to all prohibitive or mandatory provisions taken by the State in consideration of the general public interest which, due to its mandatory character, should be complied with and preclude the performance of the obligations existing before the enactment of such rules. In current times, the Decree of the prince relates to the provisions of the executive power, ratified by the legislative power, which has the power to enact and issue the laws.”).

<sup>54</sup> *Maduro & Pittier*, pp. 217, 223.

<sup>55</sup> *Maduro & Pittier*, pp. 217-223; see also *Niemtschik Cadenas Ingenieros S.A. c. Empresas Generales*, Corte Suprema de Justicia – Casación (November 23 1998), p. 409-410 (“For the non-imputable cause to be operative, the doctrine highlights various conditions, that is: 1) When this cause produces the absolute impossibility of performing the obligation. This condition must not be theoretical, but rather formal or practical; 2) That the absolute impossibility must be supervening, that is, that it occurs after the obligation is assumed; 3) That the non-imputable external cause be unforeseeable; 5) [sic] That it be inevitable, that is, it cannot be overcome; and 5) The total absence of negligence or willful misconduct by the debtor”).

<sup>56</sup> José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta. Edición, (Caracas, 2009), p. 519 (noting that under Articles 1271 and 1272 of the VCC “[i]f the

*First, the total absence of fault of the defendant.* As mentioned, the *hecho del príncipe* must occur in the *total absence of any fault* on the part of the defendant, that is, the alleged *hecho del príncipe* must be beyond the sphere of, and “deprived of any connection” with, the activity of the defendant.<sup>57</sup> The breach must be involuntary, *i.e.*, resulting from an act that is independent of the defendant’s will; otherwise that act is attributable to the defendant.<sup>58</sup>

*Second, Irresistible.* Irresistibility refers to the insurmountable nature of the impediment which forces the defendant to breach. As José Mélich-Orsini, explained:

“Irresistibility refers to the insuperable character of the event. Once the obstacle appears, even if it could be considered unexpected due to its sudden occurrence, it is necessary that the defendant has not been able to overcome it with the best-armed will of resistance. The defendant has the obligation to employ that “supreme effort” to fulfil that which was promised.”<sup>59</sup>

---

defendant invokes the act of a third party, it is necessary that he has not provoked such act”) (“*Si el deudor invoca el hecho de un tercero, será necesario que el no haya provocado tal hecho*”).

<sup>57</sup> José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 4ta. Edición, (Caracas, 2006), p. 511 (“The event from which the impossibility [to comply] derives must be exterior to the activity of the debtor and deprived of any connection with such activity.”)

<sup>58</sup> See *Banco Provincial Decision*, p. 24, “In this regard, it is observed that the doctrine has recognized the existence of two groups or classifications which are: so-called voluntary or culpable breaches and those defined as involuntary breaches that consist of the failure to perform the obligation as a result of obstacles or causes subsequent to the beginning of the relationship that are independent of the will of the defendant and, therefore, are not imputable to him or her.

<sup>59</sup> José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 4ta. Edición, (Caracas, 2006), p. 509.

The defendant cannot invoke the defense of *hecho del príncipe* unless he has employed “all licit means available” to comply with what was promised.<sup>60</sup>

Additionally, under Article 506 of the Civil Procedure Code and Article 1354 of the Civil Code, the burden of proof for establishing the *hecho del príncipe* defense is always on the party who raises it.<sup>61</sup>

2. *An hecho del príncipe of the national Government is ordinarily not extraneous to a state-owned entity*

Regarding the defense of *hecho del príncipe* raised by a State owned enterprise, in comparative law, a reference can be made to a 1970 decision of the French *Cour de Cassation*, *Air France*, in which it decided a labor case in which Air France, a national mixed public enterprise (*entreprise publique d'économie mixte*) argued that a decision of its supervising government authority (*autorité de tutelle*) constituted a *fait du prince* that prevented Air France from performing its contractual obligations.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 4ta. Edición, (Caracas, 2009), p. 510.

<sup>61</sup> See e.g., Civil Code, Article 1354, (“Whoever requests the fulfillment of an obligation must prove it, and whoever asserts that he or she has been discharged from that obligation must, for his or her part, prove the payment or act that has resulted in the extinguishment of the obligations.”). Civil Procedure Code, Article 506, (“The parties have the burden of proving their respective assertions of fact. Whoever requests the fulfillment of an obligation must prove it, and whoever asserts that he or she has been discharged from that obligation must, for his or her part, prove the payment or act that extinguishes the obligation. Notorious facts need not be proven.”) See also *Maduro & Pittier*, p. 217 (“The defendant has the burden of proving the existence of the non-imputable extraneous cause to rebut the presumption of culpable breach established in [Article 1271] ...”).

<sup>62</sup> French Cour de Cassation (Labor Chamber), Decision N° 69-40253, April 15, 1970 (*Air France Decision*), see also Conclusions by Attorney General Robert Mellotée on the French Cour de Cassation (Labor Chamber) Decision N° 69-40253, from April 15, 1970, *Recueil Dalloz*, Jurisprudence (1971) (*Air France Mellottée Conclusions*).

The Court decided that public enterprises such as Air France, even mixed public enterprises, could not invoke the decisions of its *autorité de tutelle* as an extraneous, unforeseeable, and insurmountable intervention of a third person (“*fait imprévisible et insurmountable d’un tier qui lui serait étranger*”) as an excuse for the non-performance of its contractual obligations.<sup>63</sup>

The *Avocat Général* (Attorney General) Robert Mellottée, whose argument was accepted by the Cassation Court, characterized the doctrine of *fait du prince* as a sub-set of *force majeure*, or an external act, that has three important features: (i) it is unavoidable, (ii) it is unforeseeable, and (iii) it presents an obstacle that is insurmountable. In this regard, the *Avocat Général* recalled Articles 1147 and 1148 of the French Civil Code (analogous to Articles 1271 and 1272 of the Venezuelan Civil Code), which provide for exemption from liability of a defendant due to an external act not attributable to the defendant,<sup>64</sup> and examined whether the delays in payment and the harm suffered by the Air France employees were truly attributable to an “external” cause.

In light of Air France’s argument that it could not honor its obligations due to the intervention of an external act of the State, the *Avocat Général* examined the structure of Air France and emphasized the following points:

- a. Air France was a public enterprise, constituted under a statute;
- b. nearly 70% of its capital was derived from the State;

---

<sup>63</sup> French Cour de Cassation (Labor Chamber), Decision N° 69-40253, April 15, 1970, p. 2 (“[T]he subsequent irregular intervention of this authority in an attempt, as such, to hinder the performance of the obligations stipulated in such a manner cannot be opposed by the debtor subject to such regulation as an unforeseeable and insurmountable act of a third party external to it.”)

<sup>64</sup> French Civil Code, Article 1147 (“A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.”) and Article 1148 (“There is no occasion for any damages where a debtor was prevented from transferring or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by reason of force majeure or of a fortuitous event.”)

- c. its board of directors consisted of 16 members, of which at least 8 were government officials or nominated by the State;
- d. the appointment of its Chair or President had be approved by the State;
- e. its financial management was to a certain extent controlled by the State; and
- f. the remuneration provided to its employees was subject to prior approval of the State.

The *Avocat Général* concluded that “[a]s a statutory public company, Air France closely depend[ed] on the State both in terms of “its structure as well as its management.”<sup>65</sup> On this basis he reasoned as follows:

“In view of the foregoing, it is extremely shocking that Air France, a private law entity, hides behind Air France, a public law entity, to avoid complying with its contractual obligations and therefore escape the consequences of a delay inherently related with the functioning of its bylaws. If this position were admitted, it would become too easy for statutory companies to rid themselves of their obligations. It would be sufficient for them to cause a withdrawal of authorization and afterwards claim *factum principis*. There would no longer be any balance or security in terms of legal relations. [...] [The] intervention of the public authority, which is organically linked with the normal operation of the company, does not represent an external cause which can be held against third parties and contracting parties.”<sup>66</sup>

The *Avocat Général* went on to examine if the elements of *force majeure* were present in the case. He concluded that, in light of the entire regulatory framework which governed the relations between Air France and its employees, the relevant act of the *autorité de tutelle* was entirely foreseeable. He also found that Air France had not taken or even attempted to take any action to challenge the decisions of the *autorité de tutelle*, but only stood by passively, so it could not say that the

---

<sup>65</sup> Air France Mellottée Conclusions, p. 109.

<sup>66</sup> *Idem.*, p. 109.

measure was irresistible.<sup>67</sup> On the basis of the foregoing analysis, the *Avocat Général* concluded that the *fait du prince* defense was unavailable to Air France, and the *Cour de Cassation* agreed.

Based upon a review of several international cases like *Air France*, in which a state-controlled company sought to invoke an act of its own national Government to excuse a breach of contract, Karl Heinz Böckstiegel developed a set of guidelines to determine whether the defense of *hecho del príncipe* is available in a given case (*Böckstiegel Guidelines*).<sup>68</sup> As these guidelines reflect general principles of law they are applicable under Venezuelan law in the particular circumstances of the case of Decree Law N° 5200.

According to these Guidelines, although the principle of legal separation between the State and its state-owned enterprises normally must be respected, *hecho del príncipe* is not available to a state-owned enterprise in all situations.<sup>69</sup> Otherwise, the State could always provide a *force majeure* excuse for its State-owned enterprise every time fulfillment of a contract becomes no longer advantageous.<sup>70</sup> The Böckstiegel Guidelines provide for the application of the following basic principles:

“First, if the contract itself stipulates that the state-owned enterprise is obligated to indemnify the counter-party in the event of government action, then the *hecho del príncipe* defense is unavailable as a defense to a claim for such indemnification<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> *Idem.*, pp. 109-110 (“[...] what has Air France done, or simply attempted, to remove the obstacle? Apparently nothing, since it limited itself to remaining passive. [...] Air France, [...] bound by contractual obligations, had the duty to do anything in its power to ensure compliance with these agreements.”)

<sup>68</sup> Karl-Heinz Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, International Chamber of Commerce, Kluwer Law and Taxation Publishers, (1984), (*Böckstiegel Guidelines*), pp. 46-48.

<sup>69</sup> *Böckstiegel Guidelines*, p. 47.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> *Idem.* p. 46.



Second, an *hecho del príncipe* cannot be considered an excuse for the state-owned enterprise's own breach of contract when the state-owned enterprise has formally applied or informally asked for the act that allegedly prevented performance."<sup>72</sup>

Since the state-owned enterprise is in a much better position to provide details of proof on the relevant acts of State, this issue is mostly a matter of proof and presumption.<sup>73</sup> Due to the presumption that a State will not have its executive or legislative organs act to the detriment of its own state enterprises, a law for a specific case should in principle not be considered as *force majeure*.<sup>74</sup> The burden is therefore on the defendant to prove that the law was caused by general considerations not connected with this particular contract or this sort of contract generally.<sup>75</sup> Even a general law cannot serve as an excuse if the claimant supplies at least *prima facie* evidence that it was in the interest of the State for the state-owned enterprise not to fulfill its contractual obligations.<sup>76</sup>

3. *Regarding Decree-Law N° 5200, the State Own Oil enterprises cannot rely on hecho del príncipe*

The state-owned entities, in the case of Decree-Law N° 5200 could not rely on such act of the Government, to excuse their breach of obligations by claiming that such act was extraneous to them. It is true that the State own enterprises have a separate legal identity from the State, but this is not an answer to the analysis, it is just the start of it. The organic links that developed between the national Government and the Oils State own enterprises in Venezuela exceed those found in *Air France*-, meaning that the defense is not available to them. And application of the Böckstiegel Guidelines would also show the defense to be unavailable to such State own enterprises.

---

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> *Idem.*, p. 47.

<sup>74</sup> *Idem.*, pp. 47-48.

<sup>75</sup> *Idem.*, p. 47.

<sup>76</sup> *Idem.*, p. 48.

As I have stated in a book relating to administrative law in Venezuela, which addresses these Association Agreements of the *Apertura Petrolera*, the contracting public parties to such Association Agreements were PDVSA subsidiaries and thus national public enterprises.<sup>77</sup> PDVSA, in turn, guaranteed the obligations of the PDVSA subsidiaries under the Association Agreements. The contracting public parties, *i.e.*, the PDVSA subsidiaries, were “third tier” subsidiaries of the Venezuelan State, and together with PDVSA are part of the “national public sector;”<sup>78</sup> the PDVSA subsidiaries were also “second tier” subsidiaries of PDVSA, subject to a shareholder control by PDVSA and through it, to political and administrative control by the National Executive.

The Supreme Court of Venezuela has held that PDVSA and its subsidiaries are entities integrated in the national Public Administration, notwithstanding their private law forms:

“The Chamber observes that although *Petróleos de Venezuela S.A.* is a company incorporated and organized as *sociedad anónima*, it is beyond doubt, and so is reaffirmed by the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, that the same is part of the general structure of the National Public Administration ....”<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, 2d. ed., EJV International (Caracas, 2015) pp. 170-171. These public enterprises were established pursuant to Congressional authorizations, as required by the 1975 Nationalization Law.

<sup>78</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, 2015, *cit.*, pp. 170-171. According to the Organic Law on the Financial Public Administration (last reform 2008), the national public sector comprises companies directly owned by the State and the second- and third-tier subsidiaries (Article 7).

<sup>79</sup> Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 464 of March 18, 2002 (Case: Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 180 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo) in *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, January - December 2002, Editorial Jurídica Venezolana (Caracas, 2004), pp. 219-220]. Regarding PDVSA as part of the National Public Administration, see Allan R. Brewer-Carías “El carácter de *Petróleos de Venezuela, S.A.* como instrumento del Estado en la industria

For purposes of evaluating the availability of the *hecho del príncipe* defense, the necessary “organic link” that arose between the Government and the normal functioning of PDVSA can be found in this relationship of ownership and control. In the *Air France* case, as noted above, the *Avocat Général* noted that nearly 70% of Air France’s capital was derived from the State; half of its board of directors was composed of government officials and persons nominated by the State; the appointment of its Chairman or President had to be approved by the State; its financial management was to a certain extent controlled by the State; and the remuneration provided to its employees was subject to prior approval of the State.<sup>80</sup>

PDVSA’s by-laws are themselves an act of Presidential authority, and provides that the “National Executive Power, through the Ministry of Energy and Mines” will set policies, guidelines, and other provisions for PDVSA.<sup>81</sup> All capital stock of PDVSA is provided by the “Republic of Venezuela” (Article 4), and all the shares of PDVSA, according to article 303 of the Constitution, are and must remain owned by the Republic. The by-laws also provide that the “Ministry of Energy and Mines and other Ministries that may be appointed from time to time by the President of the Republic shall exercise the representation of the Republic in the Shareholders’ Meeting, which shall be presided over by the Ministry of Energy and Mines” (Article 11).

Since 2004, up to 2016, the Minister of Energy and Mines served as President of PDVSA, for which purpose the By-Laws of the corporation were amended in 2004 to allow this dual role (Article 29). Officials of the Ministry of Energy and Mines served on PDVSA’s Board of Directors (Article 29). The Minister, acting as President, was empowered to determine the remuneration of PDVSA employees. (Article 34 (7)).

---

petrolera” in *Revista de Derecho Público*, N° 23 (July-September), Editorial Jurídica Venezolana, (Caracas, 1985), pp. 77-86.

<sup>80</sup> *Air France Mellotée Conclusions, cit.*, p. 109.

<sup>81</sup> See *Partial Amendment of Decree N° 2184 of 10 December 2002, Containing the Bylaws of Petróleos de Venezuela, S.A.*, Official Gazette N° 38,081, 7 December 2004, (“*PDVSA’s Bylaws*”), Article 2; *Reprint of Decree N° 3264 Appointing Rafael Ramírez as President of PDVSA* (issued on 22 November 2004), Official Gazette 38,081, 7 December 2004.

Also, without doubt, the PDVSA President and at the same time Ministry of Energy during 2007, could be considered to be the individual who presumably proposed Decree Law N° 5.200 to the President of the Republic, and presumably argued for its approval by the President in the Council of Ministers. In Venezuela, experience in Public Administration shows that all matters that go to the President and to the Council of Ministers are always proposed by a Minister, particularly the one in charge of the specific sector of public policy to which the matter relates. The President, except with respect to the Decrees signed by him alone (Articles 236.3 –appointment of Ministers– and 236.5 –actions as Commander in Chief– of the Constitution), rarely if ever will go to a Cabinet meeting and propose a decree without the direct intervention of the corresponding Minister. Therefore, in this case, the Minister of Energy and Mines who in 2007 was at the same time President of PDVSA, probably prepared and presented the draft for Decree Law N° 5.200 to President Chávez.

In my opinion, this structural relationship is sufficient to render the excuse of “compliance with law” inoperative. In the case of Decree Law N° 5.200 it is possible to conclude that the criteria set forth in the French *Air France* case are met and in fact exceeded.<sup>82</sup> Also, applying Venezuelan law and the Böckstiegel Guidelines to the case of Decree Law No. 5.200 it was evident that it was not a general law but rather a law for a specific contract or type of contract, *i.e.*, the Association Agreements relating to the Orinoco oil belt.

In such case, as I have noted,<sup>83</sup> it was not possible for PDVSA and its subsidiaries to argue that Decree Law N° 5.200 was a “non-imputable external cause” when they were state-controlled entities (PDVSA subsidiaries) and when the President of PDVSA was the Minister who was called to prepare and approve the Decree-Law N° 5200, and then,

---

<sup>82</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *La transformación de Petróleos de Venezuela S.A.: de la constitución de una exitosa empresa del Estado a su destrucción institucional posterior*, en *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz* (Coordinadores: Gustavo Urdaneta Troconis, Rafael Badell Madrid, Belén Ramírez Landaeta, Carlos Luis Carrillo Artiles, Antonio Silva Aranguren, Gonzalo Pérez Salazar), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, Tomo I, pp. 363-425.

<sup>83</sup> Allan R. Brewer-Carías *Administrative Law in Venezuela, 2015*, cit p.171.

as President of PDVSA, helped carry out its implementation. For the same reasons, Decree Law N° 5.200 could not be considered for PDVSA and its subsidiaries an “event of *force majeure*” that was unavoidable, unforeseeable, and insurmountable; on the contrary, it was undoubtedly issued at the proposal of the Minister who was at the same time President of PDVSA. Consequently, if PDVSA and its subsidiaries actively participated in the events that concluded with the final confiscation of the private companies interests under the Association Agreements, there is no *force majeure* to speak of.

As I have noted regarding the issuing of Decree Law N° 5.200:

[...] the President of PDVSA was for many years Minister of Energy and Oil, and as such Minister not only conducted the Executive policy in the Oil Industry but regarding for instance the 2007 Decree Law N° 5.200 he signed it as member of the Ministers Council and was the Minister charged with the execution of such Decree Law. In such case, for instance, is not possible to argue that Decree N° 5.200 was a “non-imputable external cause” regarding PDVSA and its subsidiaries, when the President of that company was one of the Ministers that approved and signed the supposedly “non-imputable external cause” which was precisely the Decree Law N° 5.200; and of course, the Decree Law it cannot be considered for the national public contracting party as a “event of *force majeure*” that could have been beyond the reasonable control of” PDVSA and its subsidiaries, or “unforeseen by” PDVSA and its subsidiaries, “or that, if foreseeable could not be avoided in whole or in part by the exercise of due diligence” by PDVSA and its subsidiaries. On the contrary, for PDVSA (and its subsidiaries), the Decree Law N° 5.200, being its President one of the Ministers that approved and signed it, and specifically the Minister of Energy and Oil who is in charge of directing the national State’s actions and policies in the field, such Executive act could not be considered beyond its reasonable control, or “unforeseen by” PDVSA (and its subsidiaries) or that “could not be avoided in whole or in part by the exercise of due diligence” by PDVSA and its subsidiaries.”<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Allan R. Brewer-Carías. *Administrative Law in Venezuela*, 2015, *cit*, p. 171.

