



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
VICERRECTORADO ACADEMICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

**DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE  
ARBITRAJE COMO ASPECTO FUNDAMENTAL EN LA PROMOCIÓN Y  
PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

Presentado por  
Ruiz Hernández Pedro Luis

Para Optar al Título de  
Especialista en Derecho Mercantil

Asesor-Tutor  
Torrealba R José Gregorio.

Caracas, marzo 2013



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
VICERRECTORADO ACADEMICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

**DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE  
ARBITRAJE COMO ASPECTO FUNDAMENTAL EN LA PROMOCIÓN Y  
PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

Presentado por  
Ruiz Hernández Pedro Luis

Para Optar al Título de  
Especialista en Derecho Mercantil

Asesor- Tutor  
Torrealba R. José Gregorio

Caracas, marzo 2013



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
VICERRECTORADO ACADEMICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL**

**ACEPTACIÓN DEL ASESOR-TUTOR**

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano **Pedro Luis Ruiz Hernández**, titular de la Cédula de Identidad N. 6.261.954, para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título definitivo es: **Doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Arbitraje como aspecto fundamental en la Promoción y Protección a las Inversiones Extranjeras**; y manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los catorce días del mes de marzo de 2013.

---

José Gregorio Torrealba R.  
CI. 11.312.501



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
VICERRECTORADO ACADEMICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL**

**DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE  
ARBITRAJE COMO ASPECTO FUNDAMENTAL EN LA PROMOCIÓN Y  
PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

**Autor: Pedro Ruiz Hernández  
Asesor: José Gregorio Torrealba R.  
Marzo, 2013**

**RESUMEN**

Considerando la importancia de las inversiones extranjeras en el mundo, y particularmente en países como Venezuela, la presente investigación se orienta en desarrollar un estudio sobre éstas, analizando principalmente el arbitraje como medio principal de resolución de conflictos y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en ese ámbito, doctrina que ha venido variando en los últimos años, con la posibilidad de resultar afectada la inversión extranjera, y por ende el país. En este sentido, la investigación se desarrolló aplicando como método la investigación monográfica a nivel descriptivo, ya que la misma se concibió de una manera teórica, y se aplicó como técnica lo correspondiente a una investigación documental. La relevancia de ésta investigación estriba en presentar un análisis de los aspectos más relevantes en la doctrina del TSJ en esta materia: la evolución histórica-jurídica, la constitucionalización, medidas cautelares, consentimiento, posición ante los centros internacionales de arbitraje, entre otros. Así mismo, se analiza el comportamiento histórico, los tipos y el régimen jurídico de la inversión extranjera, y la conceptualización, modalidades e indicadores de riesgos de la misma en Venezuela. Elementos que se abordan a través del análisis de la doctrina, la ley y la jurisprudencia, y el análisis de expertos en el tema. Se ratifica la relevancia del arbitraje en las inversiones extranjeras y la necesidad de su respeto por las instituciones del país, como garantía del Estado de derecho, y como factor relevante en el desarrollo integral de la nación.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, Arbitraje, Resolución de conflictos.

## Índice General

Aceptación del Asesor-Tutor.....	i
Resumen.....	ii
Introducción.....	1
Capítulos	
I.    El Arbitraje como medio de resolución de conflictos en las Inversiones extranjeras.....	3
Antecedentes.....	3
Fundamentos Teóricos, Legales y Jurisprudenciales.....	5
Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	7
Tesis Jurisdiccional.....	7
Tesis Contractualista.....	8
Tesis Mixta.....	9
Características del Arbitraje.....	10
Clases de Arbitraje.....	11
Arbitraje Institucional.....	11
Arbitraje Independiente o Ad Hoc.....	12
Arbitraje Internacional.....	13
La Cláusula arbitral, el Compromiso arbitral y la oferta arbitral en Las inversiones extranjeras.....	15
El Arbitraje y la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.....	21
Principales Centros de Arbitraje para los Inversionistas extranjeros...23	
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Int.....	25
II.   El Comportamiento de la Inversión extranjera en Venezuela.....	27
Antecedentes.....	27
Inversión Extranjera.....	30
Tipos de Inversión Extranjera.....	33
La Inversión extranjera en Venezuela.....	37

	Régimen Jurídico de la Inversión extranjera en Venezuela.....	40
III.	Los Riesgos de la Inversión Extranjera en Venezuela.....	56
	Definición.....	56
	Riesgos en la Inversión extranjera.....	56
	Riesgo de Cambio.....	58
	Riesgo de Transacción.....	59
	Riesgo de Balance.....	60
	Riesgo Económico.....	60
	Riesgo Político.....	64
	Seguro para Riesgo Político.....	67
	Indicadores de Riesgo.....	70
IV.	Doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Arbitraje	
	en Inversiones Extranjeras.....	74
	Aspectos Fundamentales.....	74
	Evolución Histórico-Legal del arbitraje en Venezuela.....	74
	Relevancia de las Inversiones extranjeras.....	78
	Rango constitucional del arbitraje y principio pro arbitraje.....	81
	Autonomía de la Voluntad en el arbitraje.....	87
	Medidas cautelares en el arbitraje.....	93
	Laudos Arbitrales.....	96
	Enfoque actual sobre los centros internacionales de arbitraje.....	97
V.	Conclusiones y Recomendaciones.....	101
	Referencias Bibliográficas.....	109

## **Índice de Gráficos**

1. Inversión Extranjera directa en Venezuela.....	39
---	----

## **Introducción**

Es de amplio conocimiento en el mundo la importancia que tienen las inversiones extranjeras en el desarrollo económico y elevación del nivel de calidad de vida de la población. Siendo los recursos escasos, los países en todo el globo terráqueo diseñan estrategias que le permitan atraer capitales foráneos y poder desarrollar sus distintas industrias, comercios, manufacturas y tecnología necesarios para el desarrollo integral de los pueblos.

En este sentido, los distintos organismos especializados en el mundo, así como los Estados, procuran ensayar y aplicar políticas destinadas al fomento y protección de las inversiones extranjeras, materia de especial sensibilidad, por lo que se requiere entre otras cosas de una importante seguridad jurídica.

Venezuela no escapa a esa realidad, y más allá de su política y doctrina política, tiene que orientar su ordenamiento jurídico y su orientación económica a fin de atraer y mantener las necesarias inversiones extranjeras que requiere el país en todas sus áreas. Una de las áreas para asegurar la debida seguridad jurídica en materia de inversiones extranjeras lo representa el establecimiento de los procedimientos idóneos para la resolución de conflictos, siendo el principal de éstos el arbitraje.

Lamentablemente en Venezuela ha venido disminuyendo drásticamente las inversiones extranjeras, un ejemplo de ello se tiene en que para 1998, las inversiones extranjeras en el país fueron de 4.985 millones de dólares y para el año 2007, llegó apenas a 400 millones de dólares, la cifra más baja en la región, de acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

En comparación, igualmente para 1998, según el organismo antes referido, Colombia recibió más de 9.000 millones de dólares y Brasil 37.400 millones. Podría señalarse que las expropiaciones, la falta de protección y la inseguridad jurídica explican en buena medida esta situación.

Son muchos los riesgos que asumen las inversiones extranjeras, riesgos políticos, económicos, sociales, jurídicos, entre otros. Relacionado a éste último aspecto, se encuentra el hecho de probables situaciones de conflicto que deban dirimir órganos jurisdiccionales o entes especializados determinados por las partes, como es el caso de Tribunales Arbitrales.

Esta materia viene generando amplias discusiones, comentarios y análisis de diferentes especialistas y estudiosos, de allí la importancia del tema para el Estado venezolano, todo con la finalidad de contribuir a la promoción y desarrollo de las inversiones extranjeras, generando mecanismos de análisis y discusión al visualizar diferentes criterios, ya que fomentar y fortalecer este importante sector es trascendente, pues representa un elemento vital en la reactivación y desarrollo de la economía del país, contribuyendo a alcanzar la meta de disminuir los índices de desempleo, y por ende, de pobreza.

Por todo ello, se requiere un conocimiento amplio y profundo del arbitraje en materia de inversiones extranjeras, desde sus antecedentes históricos, los Centros Internacionales especializados en materia de arbitraje y su regulación jurídica y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en esta materia. De esta forma no sólo se fortalecerá el fomento de las inversiones extranjeras sino que se estará en mejor posición para defender los intereses de la República.

En este contexto, se pretende analizar la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en materia de arbitraje de inversiones extranjeras. Este trabajo de investigación está conformado por cinco (5) capítulos, a saber:

El Primer Capítulo, analiza al arbitraje como medio de resolución de conflictos en las inversiones extranjeras.

El Segundo Capítulo, describe el comportamiento de la inversión extranjera en Venezuela, tipos, evolución histórica, y su régimen jurídico.

El Tercer Capítulo, analiza los riesgos de la inversión extranjera en Venezuela, conceptualización, modalidades e indicadores.

El Cuarto Capítulo, analiza aspectos relevantes de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en materia de arbitraje en inversiones extranjeras.

El Quinto Capítulo, presenta las Conclusiones y Recomendaciones.

# Capítulo I

## El Arbitraje como Medio de Resolución de Conflictos en las Inversiones Extranjeras

### Antecedentes

Se afirma que los orígenes del arbitraje se remontan a tiempos donde no existía la justicia pública ni los jueces, por lo tanto, se ubica en los principios de la civilización, pudiéndose afirmar que es la primera forma de administrar justicia. En este sentido, de acuerdo a Castillo (2004):

...existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes (p.18).

Antecedentes del arbitraje también se encuentran en relatos bíblicos donde se plasman controversias resueltas por árbitros, así como, entre antiguos mercaderes griegos y fenicios que resolvían sus conflictos acudiendo al arbitraje. Por otra parte, en el Derecho Romano se estableció la modalidad de impartir por vía pacífica la solución a los conflictos surgidos entre familias, por medio de la decisión de terceros imparciales.

La iglesia en la edad media juega un rol preponderante en la consolidación del arbitraje como mecanismo para la resolución de conflictos. Es así como “la *autoridad pontificia* entendía que su misión no se limitaba a la difusión de la fe, la moral y los valores cristianos, sino que también... le permitía resolver conflictos, tanto internos como internacionales” (p.23).

En la resolución de controversias entre comerciantes, burgueses y artesanos, el arbitraje se presenta como un mecanismo rápido y eficiente, lo que hizo que gremios y corporaciones diesen prioridad e impulso al mecanismo de arbitraje en contraposición con la lenta y complicada justicia del monarca. La

entrada en vigencia del arbitraje en la Revolución Francesa se encuentra plasmada en la constitución que determina el derecho de los ciudadanos a someterse al arbitraje siempre que las partes lo resuelvan así y de manera voluntaria.

A mediados del siglo pasado y en el presente, el arbitraje se presenta como el mecanismo idóneo en la resolución de conflictos, en éste, las partes son los protagonistas del proceso al cual se adhieren de manera voluntaria. Se entiende que actualmente de cada diez contratos internacionales ocho poseen una cláusula arbitral de acuerdo a Besga (2012).

De acuerdo con la Constitución Política del Estado de Venezuela de 1819 (15 de agosto de 1819), en su Título 9, correspondiente a la Organización Interior y más específicamente en la Sección 3, dirigida a la Administración Judicial de las Provincias y Departamentos, se establece lo siguiente:

**Artículo 8.** En cada Parroquia habrá un Juez de Paz ante quien se propondrán todas las demandas civiles, y las criminales en que no pueda procederse de oficio. Él debe oír a las partes sin figura de juicio, procurando transigirlas, y reducirlas a concordia, bien por sí, bien por árbitros, o amigables componedores en quienes se comprometan.

Por su parte, la Constitución del Estado de Venezuela de 1830 (24 de septiembre de 1830), en su Título 26. Disposiciones Generales, destaca lo siguiente:

**Art. 190.** Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver á él, con tal que se observen las formalidades legales: y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

Continuando con el análisis, se puede apreciar que en lo referente a la Constitución de 1857 (18 de abril de 1857, derogando la de 1830), en su Título XX, (De las garantías), se destaca lo siguiente:

**Artículo 100.** Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de

domicilio, ausentarse el Estado llevando consigo sus bienes y volver a él con tal que observen las formalidades legales, y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

En lo que respecta a la Constitución de 1858 (31 de diciembre de 1858), en su Título XXII. (Disposiciones varias), el Artículo 150, plantea que:

Los venezolanos tienen el derecho de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén principiados los pleitos.

Desde el punto de vista constitucional desaparecen normas de carácter similar a partir de la Constitución del 18 de abril de 1864, quedando sin consagración constitucional el derecho al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

Ya más recientemente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.E. N. 5453. 24 de marzo de 2000), en su Capítulo III (Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia) y en la Sección Primera (Disposiciones Generales), refiere que:

**Artículo 258.** La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Finalmente, se puede observar que en lo concerniente a los Códigos Civiles en Venezuela, se encuentra la figura del arbitraje en el Código de Procedimiento Judicial del 19 de mayo 1836; en el Código de Procedimiento Civil de 1873; del 4 de julio de 1916 y el CPC de 1987 reformado el 18 de septiembre de 1990, así como, en la Ley de Arbitraje Comercial vigente de fecha 7 de abril de 1998.

### **Fundamentos Teóricos, Legales y Jurisprudenciales**

De las diferentes definiciones de arbitraje la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2010) señala:

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de

varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales”. (p.6).

Cabanellas (2003), define al Arbitraje como:

La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Integra un sistema de obtener justicia sin recurrir a las medidas extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia... Arbitramento: Acción o facultad de dictar una resolución arbitral. Sentencia o decisión de uno o más árbitros. (p.208).

El arbitraje implica fundamentalmente la resolución de conflictos entre dos o más partes, siempre con la intervención de un tercero al cual se somete la litis previo voluntad de las partes sobre cuyo consentimiento se dicta la decisión o laudo correspondiente.

En este sentido Caivano (2000) señala:

...Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales. Producido un diferendo, una contienda de intereses entre dos o más partes, se plantean en términos generales dos modos de resolverlo: uno mediante un acuerdo de voluntades entre las mismas partes en conflicto y otro, a través de un tercero que provea la solución... (p.47).

De acuerdo a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su Artículo 7, numeral 1 establece:

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (p.11).

Constituyendo el arbitraje un método alternativo de solución de conflictos, en Venezuela la Constitución de la República establece en el artículo 258 "...la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación o cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

Adicionalmente, la ley de Arbitraje Comercial señala en el artículo 5:

El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

### **Naturaleza Jurídica del Arbitraje**

Existen posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, para los efectos de la presente investigación es menester profundizar sobre este tópico ya que implica una concepción o enfoque a través del cual el Estado orienta su accionar en cuanto a la figura del arbitraje, y da una señal en su trato a la inversión extranjera, en ese sentido hay que comprender que existe una tendencia que afirma que el arbitraje es jurisdiccional, otra sostiene que es contractualista y una tercera considera al arbitraje de naturaleza mixta; en este sentido, se tiene:

**Tesis jurisdiccional.** De acuerdo a Sarmiento (2005), sostiene:

...proclamada en Europa por MORTARA sostiene que la relación privada entre partes y árbitros, una vez perfeccionada, da lugar a relaciones de derecho público, concediendo el Estado a los árbitros la potestad jurisdiccional. En derecho hispano FENECH NAVARRO sostiene que lo importante es la función ejercida por los árbitros y no su designación y el modo como adquieren poder y que éstos no pueden otorgar a un tercero, dentro del derecho privado, más de lo que tiene. Por lo tanto la potestad de decidir de los árbitros, con efectos de

cosa juzgada y ejecutoriedad, viene del Estado, por lo que el arbitraje es jurisdiccional. Muchos juristas españoles adhirieron a esta tesis jurisdiccional. En Argentina también hubo quien se adhiriera a esta tesis y en Venezuela fue el Dr. Mantellini al estudiar el arbitraje desde el punto de vista del CPC quien se adhirió a esta tesis. (p. 57.).

De lo anterior se desprende que la facultad de juzgar de los árbitros proviene del Estado, al punto que sólo éste puede ejecutar el fallo, siendo en esencia una relación de derecho público. Como crítica a esta postura se podría manifestar que sería inconstitucional debido a que se establece que la jurisdicción es exclusiva y excluyente de los tribunales del Estado.

**Tesis contractualista.** En palabras del precitado autor, esta tesis:

Es sostenida por juristas italianos (ROCCO, CHIOVENDA) quienes criticaron a MORTARA y el segundo manifestó que el arbitraje es el resultado de un acuerdo entre las partes, son las partes quienes confieren conforme a la ley poder al árbitro para decidir y para que su decisión sea definitiva con carácter de cosa juzgada. El estado no delega potestades ni funciones en el árbitro, no es funcionario público, no tiene jurisdicción. El árbitro carece de poderes jurisdiccionales tales como realizar una inspección, examinar coactivamente a un testigo, etc. En otras partes de Europa WACH expresó que el arbitraje es la expresión del libre arbitrio entre las partes. El árbitro no tienen jurisdicción ni imperium. SATTA también se expresó en contra de la tesis jurisdiccional. GUASP, en España, defiende la tesis contractualista, clasificando a los contratos en tres tipos (los de sociedad donde hay simbiosis, unión, etc; los de riguroso enfrentamiento en donde la prestación y contraprestación están en constante cambio y las partes enfrentadas y los contratos de solución o resolución por medio de los cuales se busca liquidar el vínculo entre las partes). GUASP dice que el arbitraje es quien va a hacer desaparecer el vínculo. Argentinos y venezolanos (Henriquez La

Roche se refiere al carácter contractualista que da la LAC al arbitraje) adhirieron a esta tesis. (p. 61).

**Tesis mixta.**

Sostiene que es posible combinar ambas tesis para determinar la naturaleza del arbitraje, es decir el carácter privado del arbitraje con su carácter público que se traduce en el laudo arbitral, en la función de los árbitros y en el efecto público de sus actuaciones. MATTIROLO expresa que el compromiso entre las partes de someter su controversia a un arbitraje (t. contractualista) es lo que le confiere al árbitro jurisdicción para decidir (t. jurisdiccional). ROSEMBERG sostiene que la voluntad privada de las partes de someter su controversia de derecho civil a un arbitraje (t. contractualista) se combina con el laudo arbitral con efectos públicos (t. jurisdiccional). PIETRO CASTRO en España sostiene que el arbitraje es ante todo un negocio privado entre privados (t. contractualista) sujeto a limitaciones precisamente para que el arbitraje surta efectos procesales a través del laudo arbitral vinculante y obligatorio entre las partes además de definitivo y en ciertos casos ejecutorio. (t. jurisdiccional). Ciertos juristas hispanos sostienen esta tesis expresando que el arbitraje es una institución autónoma que posee características propias. Sarmiento (p.70).

Constituye esta tesis un punto de equilibrio entre la jurisdiccional y la contractualista al poder balancear el arbitraje como un negocio privado con limitaciones y efectos procesales vinculantes y obligatorios y posibles de ser ejecutorios por el Estado.

Sobre este particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1067/10, señaló:

De ello resulta pues, que en el contexto jurídico filosófico de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ‘justicia arbitral’ no puede percibirse como un compartimiento estanco y diferenciado de la ‘justicia estatal’, ya que ambas persiguen “*por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia*” ...**con lo**

**cual debe abandonarse toda concepción que reduzca -en términos generales- al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en los términos que ordenamiento jurídico establezca.**

**En todo caso, esta perspectiva del arbitraje como parte de la función del Estado de impartir justicia, no abandona o excluye una visión contractualista del mismo, que posibilita equilibrar la posición jurisdiccional planteada, permitiendo afirmar el carácter excepcional de la participación de los órganos jurisdiccionales en el arquetipo del sistema arbitral, con lo que cualquier interpretación y aplicación normativa en la materia, responde al principio según el cual debe preferirse toda interpretación que favorezca el arbitraje y afrontar de manera restrictiva la intervención jurisdiccional ordinaria, conforme al brocardo “*exceptio est strictissimae applicationis*”; ya que las partes, al optar por el arbitraje “*escogieron un método que reduce la participación judicial a un pilar dentro de un sistema que tiene ventajas y desventajas...*” Corolario de todo lo anterior, es que **el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos.** (negritas añadidas).**

### **Características del Arbitraje**

De acuerdo a McLaren (2002), las características generales del arbitraje son:

1. Es un tipo de justicia privada.
2. Es un método o procedimiento que necesita organización.

3. El arbitraje como regla general tiene una sola instancia.

4. El arbitraje es **imparcial, independiente, neutro**. Las partes generalmente tienen dificultades para aceptar someter sus diferendos a la jurisdicción de los tribunales del lugar de residencia de una u otra parte, asumiendo, justificadamente, que los tribunales de ese país simpatizarán más con los intereses de las empresas registradas en ese país. En consecuencia, en muchas circunstancias, el arbitraje internacional podría ser el único foro adversario aceptable para ambas partes.

5. El arbitraje es **confidencial**, pero esta modalidad está cambiando. La confidencialidad depende de la discreción de las partes. En caso de que se solicite la ejecución del arbitraje ante un tribunal, por supuesto, la información deberá ser difundida o compartida con las autoridades del tribunal.

6. El arbitraje es **flexible**, los árbitros pueden decidir de acuerdo a derecho o a equidad. Asimismo, las reglas que rigen el procedimiento arbitral, en caso de no haber sido precisadas, pueden ser acordadas por los mismos árbitros. Las partes pueden modificar el procedimiento arbitral, las reglas sobre la prueba u otros aspectos del proceso para adaptar el arbitraje al caso concreto y ahorrar tiempo y dinero.

7. El arbitraje es más **especializado**. Esto asegura que los tomadores de decisiones tengan el necesario nivel de competencias y calificaciones técnicas y comerciales para evaluar el caso concreto. Un procedimiento arbitral especializado, ahorra el tiempo de los tomadores de decisiones, en el sentido que reduce la necesidad de los árbitros de familiarizarse con los detalles del caso. (p.84).

Se podría afirmar que las características del arbitraje arriba mencionadas según McLaren, se encuentran igualmente presentes en la orientación o enfoque establecido en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana a lo largo de todo su texto, conformando su espíritu, propósito y razón de ser.

## **Clases de Arbitraje**

De acuerdo a la legislación venezolana las clases de arbitraje serían las siguientes: arbitraje institucional, independiente o Ad-Hoc, internacional, nacional o doméstico y comercial.

*El arbitraje institucional* se encuentra establecido en la ley de arbitraje comercial en los artículos 2, 11 y siguientes, en este sentido, el primero de ellos establece que “El arbitraje puede ser institucional ...Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes...”.

Por su parte, el Artículo 11, expresa que:

Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma.

*El arbitraje independiente o Ad-Hoc* se encuentra establecido en la ley de arbitraje comercial en los artículos 2, 15 y siguientes, en este sentido, el Artículo 2, refiere que “El arbitraje puede ser...independiente...Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje”. El Artículo 15, destaca que “cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes”.

En otro orden de ideas el Artículo 16, indica que “Las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar. A falta de acuerdo los árbitros serán tres” y el Artículo 17, establece que:

Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero, Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral.

De acuerdo a Sarmiento (2005), el arbitraje ad-hoc es el regulado por las partes sin intervención de un centro de arbitraje. Es recomendable que además de establecer que las partes o un tercero fijarán al árbitro único, o en su defecto, el juez del tribunal de primera instancia competente; se estipule el procedimiento que será aplicable al arbitraje. Por lo general, debería establecerse que el procedimiento arbitral será guiado o regulado por el Reglamento de algún Centro de Arbitraje. Este tipo de arbitraje no se encuentra apoyado por los servicios administrativos y de otra índole de centros de arbitraje. El procedimiento arbitral más común usado por los árbitros únicos es el recogido en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, aunado a los múltiples documentos interpretativos de su texto.

*El arbitraje internacional* se encuentra establecido, entre otros, en el Decreto N. 356 con Rango y Fuerza de Ley que establece el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones; los Tratados Bilaterales y Multilaterales respectivos.

En este sentido, el Decreto Ley mencionado establece en el Capítulo IV (Solución de Controversias), lo siguiente:

**Artículo 21.** Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio

de la controversia, el Estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias.

Este artículo implica las primeras vías para la solución de controversias que pudiera surgir entre algún inversionista internacional siempre que no exista un tratado o un acuerdo sobre inversiones y el Estado venezolano, solución que consiste básicamente en un acuerdo por vía diplomática, de no lograrse ese acuerdo se recurriría un Tribunal arbitral.

De la normativa más discutida, analizada y demandada en los últimos años referente a las inversiones extranjeras y la solución de sus controversias se encuentra el artículo 22 de la mencionada ley, para algunos inconstitucional por considerar que se viola la soberanía de los tribunales nacionales, para otros se cumple a cabalidad con lo establecido en la Constitución y las leyes. Con precisión el artículo comentado establece:

**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.

Por otra parte, al momento de presentarse alguna diferencia sobre la aplicación o interpretación de la ley analizada, al agotar la vía administrativa el interesado puede acudir a los Tribunales nacionales o arbitrales de acuerdo a su criterio, así se establece en el artículo 23 que señala:

**Artículo 23.** Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-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.

Existen en Venezuela otras leyes que prevén el uso del arbitraje en la resolución de conflictos como: la Ley de Seguros y Reaseguros, la Ley de Derechos de Autor, el Código Orgánico Tributario y la Ley de Protección al Consumidor (derogada).

**La cláusula arbitral, el compromiso arbitral y la oferta de arbitraje en las inversiones extranjeras.**

En este punto es preciso tener claridad en cuanto a la definición del acuerdo de arbitraje en el área de inversiones extranjeras, en este sentido, Torrealba (2008), señala:

El acuerdo de arbitraje es aquel mediante el cual las partes acuerdan someter sus controversias, todas o algunas, existentes o futuras, al conocimiento de un tribunal arbitral y no a los tribunales nacionales. Este acuerdo sirve para evidenciar el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje y para establecer el alcance de la jurisdicción del tribunal arbitral, la cual no puede ser excedida so pena de viciar el laudo arbitral de nulidad. (p.56).

En ese mismo sentido, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje comercial establece:

**Artículo 5º.** El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus

pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

Resulta necesario cumplir con las exigencias plasmadas en las regulaciones sobre arbitraje, como por ejemplo, la voluntad de someterse al acuerdo de arbitraje en firma expresa e independiente, así como, lo acordado en los tratados bilaterales o multilaterales ratificados por la República en materia de inversiones extranjeras. Así se tiene, que la Ley de Arbitraje Comercial señala:

**Artículo 6°.** El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

Un aspecto importante de resaltar tiene que ver con la posibilidad de que el Estado en sus distintos niveles (Nacional, Regional, Municipal o Institutos Autónomos y Empresas del Estado), pueda suscribir acuerdos de arbitraje con inversionistas extranjeros como medio de resolución de conflictos, para lo cual deben solicitar la opinión previa, expresa y favorable de la Procuraduría General de la República de acuerdo al artículo 5 que rige este organismo, en este sentido, la Ley de Arbitraje Comercial establece:

**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).

Otro aspecto a considerar guarda relación con los contratos de interés público, o sea, aquellos contratos que deben ser autorizados por la Asamblea Nacional, de acuerdo a los artículos 150 y 187 numeral 9, y el 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la cual establece que en estos contratos las "...controversias que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República...".

La Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia el 17 de agosto de 1999, con ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa Gómez interpretó que el artículo 151 permitía la posibilidad de acudir al arbitraje en aspectos relacionados con contratos de interés público, estableciendo como limitante, siempre y cuando la naturaleza del contrato lo permitiera. (Caso: Apertura Petrolera).

Con sentencia de fecha 5 de abril de 2006, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cambia el criterio, al señalar que los contratos que tengan una finalidad pública y que puedan afectar directamente el patrimonio público, al originarse controversias no son susceptibles de arbitraje.

Torrealba (2008), al analizar este último criterio, señala:

No podemos sino lamentar que la Sala Político-Administrativa emita señales como la contenida en la citada sentencia, pues en lugar de promover el uso del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, ha vuelto a la interpretación restrictiva anterior a 1999: Sólo queda esperar que el criterio expresado no se convierta en una tendencia jurisprudencial que elimine toda posibilidad de acudir al arbitraje en materia de contratos del Estado.(p.63).

Sin duda, este tipo de criterios puede convertirse en una de las principales restricciones a la inversión extranjera en Venezuela donde se encuentre como

parte interesada el Estado, por eso, entre otras consideraciones, compartimos el criterio de Torrealba arriba mencionado.

**Cláusula compromisoria:** representa una de las modalidades para expresar la voluntad de someterse al arbitraje como medio de solución de controversias. Se acostumbra insertarla en el cuerpo del contrato en el que se prevea que al surgir diferencias sean resueltas por medio de arbitraje. Se establecen las características generales como: procedimiento arbitral, si será institucional (normalmente aceptado en materia de inversiones extranjeras), o independiente, constitución del tribunal arbitral, idioma, etc.

**Compromiso arbitral:** Igualmente una modalidad de acuerdo arbitral. Al respecto Torrealba (2008), expresa:

El compromiso arbitral se suscribe entre las partes cuando ya ha surgido alguna controversia y es usualmente un documento independiente. Los compromisos pueden ser más detallados que las cláusulas compromisorias, pues mientras éstas prevén el arbitraje para conflictos eventuales y futuros, el compromiso se redacta cuando la controversia ya ha surgido entre las partes, por lo que pueden incluirse previsiones que se adapten a las particularidades de la disputa. (p.37).

**Oferta de arbitraje:** implica la disposición de ofertas de arbitraje a los inversionistas extranjeros como medio de resolución de conflictos que puedan surgir entre ellos y el respectivo Estado receptor. Venezuela a pesar de su orientación político-ideológica, aún mantiene estas ofertas de arbitraje. Así se tiene que la ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, contiene varias disposiciones que consideran al arbitraje como medio alternativo de resolución de diferencias.

Ejemplo de ello, se tiene en el artículo 18 numeral 4, que establece que en: “Los contratos de estabilidad jurídica...podrán ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial”.

Torrealba (2008), presenta un alerta sobre este artículo y sus posibles interpretaciones, ya que podría deducirse de su texto que impone la ley nacional al arbitraje, o sea, la *lex arbitri*. Al respecto, el autor señala. “ ...La *lex arbitri*, en

muy pocas palabras, no es otra cosa que la legislación aplicable al arbitraje y al contrario de lo que comúnmente se piensa, no se trata únicamente de la correspondiente ley especial de arbitraje, sino de toda la normativa que pueda afectar el procedimiento arbitral”. (p. 45).

Representa la ley del lugar escogido por las partes o que determine el tribunal arbitral como sede. De acuerdo a esto, el mencionado autor expresa que se está “...obligando a que el arbitraje esté localizado en Venezuela”. Tesis que compartimos.

Aunque las partes pueden escoger la *lex arbitri* de otro Estado, podría presentarse el caso de que la ley venezolana colida con normas de orden público del otro Estado. Lo cual pudiese violar el artículo 18 numeral 4 de la LPPI en criterio de Torrealba.

Resulta importante señalar el carácter voluntario de acudir a un proceso de arbitraje para la resolución de un conflicto donde las partes acuerdan someterse a un tribunal arbitral, renunciando al hecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales hacer valer sus pretensiones.

En este sentido, Caivano (2000), establece que el arbitraje:

...nace a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. Ese acuerdo de voluntades –que genéricamente denominaremos “acuerdo arbitral” o “pacto de arbitraje” – puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. En esta última hipótesis tendremos una “cláusula compromisoria” y un posterior “compromiso arbitral...” (p.39).

Lo anterior indica la diferencia e importancia de la cláusula compromisoria ya que permite identificar la magnitud del litigio, determinando los límites y el ámbito de acción de los árbitros.

Considera Vargas (2008), que el carácter obligatorio es igual tanto en el compromiso arbitral como en la cláusula compromisoria, así mismo, señala que en algunos casos el acuerdo de arbitraje sólo indica que las partes acudirán al

arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos como parte de un contrato suscrito con anterioridad, lo cual supone que en una oportunidad posterior se suscribirá una cláusula arbitral.

Una característica que resalta del acuerdo arbitral es su independencia del contrato principal del cual se origina, esto se conoce como el principio de autonomía, ello implica que el acuerdo arbitral no se afectará por incidentes del contrato principal como su terminación o nulidad, por lo que se mantendrá la validez y eficacia del acuerdo.

Este principio de autonomía llamado también por algunos autores como principio de separabilidad se justifica como garantía que el acuerdo arbitral pueda surtir efectos válidos y eficaces ante determinadas crisis contractuales, lo que implica la evaluación y examen del contrato de manera distinta y separada del acuerdo arbitral.

Es importante destacar que de acuerdo a Fernández citado por García (2009):

Debemos advertir que...existen ciertas divergencias ante el término autonomía, por cuanto pudiera interpretarse erróneamente que el acuerdo arbitral es absolutamente indemne o incorrupto respecto al contrato principal, siendo que bajo excepcionales causas pudiera verse afectado tanto la regulación contractual de la relación principal como el propio acuerdo de someterse al arbitraje, concluyendo que no debe creerse que el acuerdo arbitral será siempre válido cualquiera sea la causa de la nulidad que pueda afectar al contrato donde dicho convenio esté pactado. (p.98).

Las características propias del convenio arbitral implican su doble naturaleza, material y procesal, así como su existencia y validez plantea problemas similares a cualquier cláusula contractual, como las relativas a la capacidad de las partes, vicios del consentimiento, por lo cual resulta aplicable las normas para la interpretación de los contratos.

Uno de los principios fundamentales del Arbitraje lo constituye el principio Kompetenz-Kompetenz, el cual se deriva del principio de autonomía

del acuerdo arbitral. De acuerdo al principio kompetenz-kompetenz el tribunal arbitral tiene el poder para ser el primero en pronunciarse sobre su propia competencia, independientemente del control judicial que posteriormente pueda demandar alguna de las partes.

Para Sánquiz (2005), de no consagrarse este principio “sería muy fácil pretender burlar el acuerdo arbitral y, en consecuencia, el pacto de dirimir la controversia ante un tribunal arbitral. Para lograr tales efectos, bastaría con que una de las partes alegara la nulidad del acuerdo arbitral”. (p.159).

### **El Arbitraje y la Ley de Promoción y Protección de Inversiones**

Los artículos 21, 22 y 23 fundamentan la figura del arbitraje de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, al respecto establecen:

**Artículo 21.** Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el Estado venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias.

**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.

**Artículo 23.** Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-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.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N. 186, citada por Torrealba, interpreta que el artículo 22 de la LPPI, "...no se restringe a aquellas inversiones que sean realizadas en contrataciones con el Estado, sino que por el contrario, constituye el régimen ordinario para la resolución de controversias relativas a cualquier inversión".(p.59). Torrealba (2008), implica que el arbitraje internacional en los términos expuestos es viable como medio de resolución de controversias tanto en inversiones en que se encuentre directamente relacionado el Estado con inversionistas nacionales como extranjeros.

Así también, se explica que el mencionado artículo podría tener dos interpretaciones válidas, una que no contenga oferta arbitral y argumento contrario que *el Estado ha manifestado su intención de someterse al arbitraje*.

Torrealba (2008), en lo que considera una adecuada interpretación cita a Brewer Carías, y concluye, que "Efectivamente, la disposición legal *in comento* prevé el arbitraje en el CIADI" como medio de solución de controversias en dos situaciones diferentes:

- a) cuando así lo prevea un TBI entre Venezuela y el Estado de origen del inversionista, en cuyo caso el arbitraje se realizará en los términos del TBI.
- b) Cuando sean aplicables las reglas del convenio CIADI. Igualmente compartimos el criterio sobre la existencia de la oferta de arbitraje contenida en el artículo 22 de la LPPI.

Por otra parte, se tiene el artículo 23 de la LPPI, el cual en representa una oferta de arbitraje complementaria, a disposición de todos aquellos inversionistas

que no puedan ampararse en lo establecido en el artículo 22 ya comentado, representando una posibilidad de elección unilateral, una vez agotada la vía administrativa.

En conclusión, puede manifestarse que de acuerdo a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, la solución de controversias debe ser resuelta en *primera* instancia por la vía diplomática, la *segunda* posibilidad, la establecida en el artículo 22 (MIGA o CIADI); la *tercera* alternativa, cuando no existe un TBI o se trate de un inversionista nacional, la solución podrá ser sometida a los tribunales nacionales o a los tribunales arbitrales venezolanos, a elección del inversionista, luego de agotado el procedimiento administrativo, y la *cuarta*, implica alguna controversia por la interpretación o aplicación de los contratos de estabilidad jurídica entre un inversionista y el Estado Venezolano, pueden ser sometidas al arbitraje institucional fundamentado en la ley de arbitraje comercial.

Aun cuando se abordará de manera más amplia en el aparte correspondiente al análisis de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, es importante hacer mención a la sentencia 1541/2008 de la Sala Constitucional, considerada la sentencia *líder* del arbitraje en Venezuela, donde deja sentado que del análisis del artículo 22 de la LPPI no se desprende una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado venezolano.

### **Principales Centros de Arbitraje para los inversionistas extranjeros**

*El Centro Internacional para el Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI)*, de acuerdo a Torrealba (2008), “es una institución especializada en prestar apoyo para la resolución de controversias relativas a inversiones en las que una de las partes sea un Estado...constituye para Venezuela la principal institución arbitral...” (p.75).

El CIADI en su página Web oficial presenta al centro de la siguiente manera:

ICSID is an autonomous international institution established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID or the Washington Convention) with over one hundred and forty member States. The

Convention sets forth ICSID's mandate, organization and core functions. The primary purpose of ICSID is to provide facilities for conciliation and arbitration of international investment disputes.

The ICSID Convention is a multilateral treaty formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). It was opened for signature on March 18, 1965 and entered into force on October 14, 1966.

The Convention sought to remove major impediments to the free international flows of private investment posed by non-commercial risks and the absence of specialized international methods for investment dispute settlement. ICSID was created by the Convention as an impartial international forum providing facilities for the resolution of legal disputes between eligible parties, through conciliation or arbitration procedures. Recourse to the ICSID facilities is always subject to the parties' consent.  
[http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID\\_Home.jsp](http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp)

De la traducción libre de la cita anterior se desprende:

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o a la Convención de Washington) con más de ciento cuarenta Estados miembros. La Convención establece las funciones del CIADI mandato, la organización y el núcleo. El propósito principal del CIADI es proporcionar medios para la conciliación y el arbitraje de las controversias internacionales de inversión.

El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formuladas por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Se abrió a la firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

La Convención trató de eliminar los principales obstáculos a los flujos internacionales de inversión libre privado que plantea riesgos no

comerciales y la ausencia de métodos especializados internacionales de solución de controversias de inversión. CIADI fue creado por la Convención como un foro internacional imparcial que ofrece facilidades para la resolución de controversias jurídicas entre las Partes elegibles, a través de procedimientos de conciliación o arbitraje. El recurso a las instalaciones del CIADI siempre está sujeta al consentimiento de las partes.

Las principales características señaladas por Alarcón (2000), del mecanismo de arreglo de disputas sobre inversiones previsto por la convención del CIADI son la voluntariedad, la flexibilidad y la efectividad. (p. 54). Lo que implica primariamente la necesidad del consentimiento por escrito, fundamentado en lo establecido por el artículo 25.1 del convenio CIADI, así como los requisitos de Jurisdicción *Ratione Personae* referido a la ratificación, aceptación o aprobación y a quien se considera nacional de otro Estado. Resultando igualmente importante los requisitos de Jurisdicción *Ratione Materiae* referidos a las disputas de naturaleza jurídica, o sea, sólo cuestionamientos de derechos u obligaciones de las partes en conflicto, y que se trate de una inversión.

Por otra parte, el CIADI dispone de un **mecanismo complementario** creado con la finalidad de poder administrar procedimientos de arbitraje o conciliación que no cumplan los requisitos de jurisdicción conforme al artículo 25 de la Convención.

### **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**

El 17 de diciembre de 1966 por Asamblea General creada la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En cuanto a la resolución de conflictos, establece la CNUDMI una ley modelo sobre arbitraje comercial, que tendría como propósito:

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial Internacional modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la

composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

Resulta importante retomar la importancia que puede tener este organismo para Venezuela al recordar lo subrayado por Alarcón(2000), que la primera opción en los acuerdos celebrados por Venezuela en cuanto a los mecanismos para el arreglo de diferencias lo constituye el CIADI, o sea, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones y subsidiariamente *la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI*. (p. 59).

Aun cuando se analizará en el capítulo referente a la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia es importante señalar que Venezuela denunció el 25 de enero de 2012 el convenio constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, por lo que el 25 de julio se cumplieron los 6 meses establecidos en el artículo 71 del tratado para que surta efecto la denuncia y el retiro de Venezuela.

De todo lo anterior, se desprende la importancia del arbitraje en materia de inversiones extranjeras, sobre todo en un país con las características de Venezuela, ávido de inversiones en todos los sectores.

## **Capítulo II**

### **El comportamiento de la inversión extranjera en Venezuela**

#### **Antecedentes**

El fuerte intercambio comercial ocurrido en el mundo desde la edad media constituye el origen de las inversiones extranjeras, inversiones que se dan entre Europa, Asia, África Oriente Medio y otras partes del mundo. Del análisis de los tratadistas europeos en tiempos de la colonia la discusión se enfocaba en cuanto al trato que debía dársele el extranjero en el Estado receptor, lo que a juicio de Alarcón (2000), constituye "...el antecedente de la más extensa controversia en el Derecho sobre inversión extranjera...".

La mencionada controversia giraba en torno a si el inversor debería recibir un trato similar al brindado a los nacionales, o la crítica al tratamiento discriminatorio que se le daba a los inversionistas en algunos Estados, trato por debajo de los niveles generalmente aceptados.

La inversión extranjera en el período colonial fundamentalmente en los siglos XVIII y XIX tuvo una importante expansión en el mundo, etapa en la cual las inversiones no requerían de un sistema de protección o tratamiento especial, ya que todo ese sistema se encontraba regulado por el poder colonial y su consiguiente régimen jurídico, en todo territorio que estuviese bajo su dominio.

Fundamentalmente durante el siglo XX se comienzan a generar las grandes olas o fenómenos de la inversión extranjera en el mundo sobre todo hacia los centros de explotación de los recursos naturales, originándose también situaciones de conflicto.

En este sentido, señala Alarcón (2000), que las relaciones económicas internacionales de finales del siglo XIX y principios del XX, se destacaron por grandes inversiones extranjeras que representaban importantes fuentes de ingresos para los países receptores, así, como ganancias para los inversionistas. Sin embargo, se presentaron nuevas fuentes de tensión y conflicto entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores. Solicitando aquellos la intervención de sus respectivos Estados.

La conflictividad en estas relaciones resultaba particularmente llamativa cuando involucraba un nacional de un país desarrollado invirtiendo en un país de bajo desarrollo, en donde los primeros tendían a solicitar la protección de sus gobiernos para la protección de sus intereses, propiedades y derechos, y los segundos, actuando en su carácter de Estado, defensor de su inmunidad y soberanía.

En 1758 Emmeric de Vattel, citado por Alarcón (2000), formuló el principio de acuerdo al cual un daño ocasionado a un extranjero implicaba un daño causado al Estado de origen del cual era este ciudadano, es ese sentido, se justificaban las medidas que ese Estado tomase para lograr la compensación del daño causado. Esto trajo como consecuencia numerosas demandas internacionales por parte de Estados que consideraron daños a sus nacionales. Las acciones a través de las cuales se dirimían estos conflictos eran el arbitraje internacional, la diplomacia, presiones económicas y de fuerza.

La acción que un Estado puede llevar contra otro reclamando la adecuada aplicación del derecho internacional en atención a un nacional se consideró necesario y legítimo, esa mecanismo fue conocido como la Institución de la Protección Diplomática. Para Vargas citado por García (2009), este mecanismo representa:

...la acción que un Estado lleva frente a otro Estado, reclamando la debida aplicación del derecho internacional en relación con un hecho ilícito del que han sido víctimas sus nacionales e imputable a las autoridades del Estado frente al que se reclama. En sentido estricto, se conceptúa como la acción encaminada a la protección por parte del Estado de la persona y bienes de los nacionales extranjeros, frente a un daño causado por las autoridades de otro Estado. (p.2).

La fundamentación de las actuaciones más en razones políticas que económicas fue el alegato principal para criticar el uso de la protección diplomática. La evidencia de lo anterior se aprecia por el uso de la fuerza por parte de algunas naciones con la finalidad de obligar a naciones más débiles a satisfacer sus peticiones o al pago de deudas pendientes. Estos fueron los casos

de la intervención de Francia en México en 1838 y 1861, así como, las intervenciones de Estados Unidos en contra de Santo Domingo en 1904 y Haití en 1915, y la de los problemas de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela en 1902 y 1903. Esta última de acuerdo a Alarcón (2000), originó la Doctrina Drago suscrita en la Conferencia de la Paz en 1907, y que prohibía el uso de la fuerza entre las naciones para el cobro de deudas.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial comienza un período en el cual se justifica y requiere un sistema legal de protección a la inversión extranjera considerando aquellos Estados que a partir de ese momento se convertirían en exportadores de capital hacia los Estados que en algún momento fueron sus colonias.

El mencionado período se puede dividir en tres etapas las cuales caracterizaron las relaciones con los inversionistas extranjeros. En la primera etapa ubicada una vez finalizada la etapa colonial se observa la animadversión hacia la inversión extranjera fundada en un profundo sentido nacionalista que manifestaba la necesidad de recuperar a los Estados y hacerlos independientes de las fluctuaciones de las inversiones foráneas, lo cual implicó la finalización de procesos de inversión extranjera producto de las nacionalizaciones. Por otra parte, los países exportadores de capital abogaban por la aplicación por las normas de Derecho Internacional para la protección de sus inversiones.

En la segunda etapa los países importadores de capital se ubican en una posición menos radical y abordan una posición más pragmática y celebran tratados de promoción y protección a las inversiones extranjeras, sobre doble tributación y establecen algunas políticas de fomento, dándose un contenido más racional al aspecto de la soberanía. Otro aspecto de resaltar en esta etapa lo constituye de acuerdo a Alarcón (2000), la constitución de estudios y organismos internacionales en relación a cuál debería ser el rol de las corporaciones multilaterales en el entorno de las economías de los Estados receptores.

El período moderno o tercera etapa destacan la disolución de la Unión Soviética, la dramática recesión sufrida por Europa y Estados Unidos, el surgimiento de Alemania y Japón como potencias económicas, los procesos de

industrialización de los países en desarrollo como China, India, Nigeria, México y Brasil, el proceso de unificación de algunos países europeos, la adopción del euro como moneda única común, el declive de los países de orientación comunista, la adopción de concepciones de libre mercado, incluso de aquellos que llegaron a formar parte de la órbita soviética como Vietnam y Camboya. Esto lleva a la globalización de la economía donde las corporaciones multinacionales ubican los mercados más atractivos y de mejores condiciones en costos, recursos humanos y seguridad jurídica. Alarcón (2000 p.26).

Todo ello ha traído como consecuencias el establecimiento de una diversidad de acuerdos multilaterales comerciales y de integración que rigen la inversión extranjera. En especial a mediados de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado se inicia un proceso de reformas económicas y de liberalización del comercio internacional de la América Latina y el Caribe, lo que ha implicado un cambio significativo en la regulación de las inversiones extranjeras.

Procesos de integración como la Organización Mundial del Comercio, en el Acuerdo de Cartagena, el Mercosur y los Tratados Bilaterales de Inversión. Lamentablemente Venezuela denunció el Pacto Andino experiencia positiva y de importantes antecedentes en la región.

Así mismo, ante el grave endeudamiento externo los países andinos procuran evitar la salida de divisas lo que representa para el inversionista extranjero el temor a las limitaciones para la repatriación de sus dividendos, siendo así, el Grupo Andino decidió flexibilizar los regímenes tanto de control como de estímulo a la inversión extranjera. Esto representa un ejemplo de la cohesión de una política conjunta en pro de la mejora no sólo de la adecuada recepción de capitales, y fortalecimiento de la seguridad jurídica, sino también en la elevación de los niveles de calidad de vida de sus ciudadanos.

### **Inversión Extranjera**

En Venezuela considerando el criterio de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX), en sentido amplio, la inversión extranjera es la transferencia de recursos financieros a largo plazo, de un país a otro, en cualquier forma, ya sea

en forma de deuda o de patrimonio, ella abarca desde colocaciones de deuda en el exterior, contratos de préstamos, así como, financiamientos comerciales a largo plazo. Cuando la transferencia de recursos, de un país a otro, de recursos financieros opera con el fin de obtener participación en el capital social de una empresa, se está en presencia de la inversión extranjera en sentido restringido.

En cuanto al capital social, se entiende el capital de riesgo, o capital en sentido estricto, lo que da derecho al inversionista (accionista) a participar en el valor residual de la empresa que recibe la inversión. El valor o ingreso residual resulta después de satisfacer los derechos de los acreedores sociales y otros derechos similares. FMI (1996).

El concepto de inversión tiende a la ambigüedad, por ello se determina ya sea por disposiciones legales o por acuerdos el alcance del concepto, como ocurre con la celebración de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones. En el caso venezolano, de acuerdo al Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones (1999), en su artículo 3, la inversión se define como:

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

Resulta importante destacar que en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, a los efectos de interpretar el concepto de inversión incluyen los derechos de propiedad intelectual, bienes muebles, préstamos, derechos contractuales, así como otros derechos.

Así mismo, sobre inversiones extranjeras la mencionada ley dispone en su artículo 3:

Inversión Internacional: La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión subregional, a la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina.

3) Inversión Extranjera Directa, Inversión Subregional, Inversión de Capital Neutro e Inversión de una Empresa Multinacional Andina: Las definidas como tales en las Decisiones aprobadas por la Comunidad Andina de Naciones, y en su reglamentación en Venezuela.

4) Inversionista Internacional: El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle.

Desde la perspectiva del Estado receptor la inversión extranjera directa de acuerdo a Rodner (1993), “es la transferencia de capital (ordinariamente, recursos financieros, ejemplo dinero) de un país a otro con el fin de obtener una participación en el capital social de una empresa” (p.55), coincidiendo con la definición de la Comunidad Andina de Naciones.

En cuanto al objeto de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Zambrano (2002) señala que la misma persigue:

...proveer a las inversiones e inversionistas tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible en el cual puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actividad del Estado frente a tales inversiones, con miras a lograr el incremento, la diversificación, y la complementación armónica de las inversiones a favor del desarrollo nacional. Tal instrumento legal fortalece la confianza de los inversionistas hacia el

país, en la medida en que define un marco legal para la actuación del Estado a objeto de promover la inversión, tanto nacional como extranjera... (p.158).

Uno de los aspectos de especial relevancia de la regulación tiene que ver con los límites establecidos, en ese sentido, el artículo 2 de la mencionada ley establece:

...se aplicará tanto a las inversiones ya existentes en el país al momento de su entrada en vigencia, como a las inversiones que se realicen con posterioridad a ésta, así como a los inversionistas en unas u otras inversiones, pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigor...

Tanto en su conceptualización y por ende en su aplicación la referida normativa acertadamente a criterio de Alarcón (2000), adopta dichos elementos de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones lo cual permite una concepción y desarrollo estandarizado de las inversiones, permitiendo en su definición una mayor flexibilidad.

### **Tipos de Inversión Extranjera**

La inversión extranjera se puede clasificar considerando el porcentaje de participación del inversionista extranjero dentro del capital social de la empresa receptora de la inversión, en ese sentido, puede clasificarse en:

1. Inversión Directa
2. Inversión en cartera
3. Inversión conjunta (Joint Venture)

La inversión directa se produce cuando el inversionista extranjero posee un porcentaje del capital social superior al 50% de la empresa receptora y tiene un control operativo de la misma. De acuerdo al Fondo Monetario Internacional citado por Rodner (1997), se entiende por inversión directa la inversión "...cuyo objeto sea adquirir una participación permanente (en lugar de temporal) y efectiva en la dirección de una empresa residente en una economía que no sea la economía del inversionista..." (p.716).

Las motivaciones que explican las inversiones extranjeras son diversas, una de ellas tiene relación con los factores de producción (materia prima, mano de obra) y sus costos asociados menores a los que existen en su mercado de origen, así como, la posibilidad de controlar un mercado determinado para sus productos, y el obtener una rentabilidad superior del capital invertido del que hubiese obtenido realizando la inversión en su mercado doméstico.

De acuerdo al Fondo Monetario Internacional (2012), la inversión directa está conformada por toda inversión donde el inversionista extranjero posea una inversión igual o superior al diez por ciento (10%) del capital social de la empresa receptora de la inversión, la inversión está representada por acciones comunes o en acciones con poder de voto.

A través de una sucursal o de una nueva empresa se puede realizar la inversión directa, en el primer caso, la sucursal se domicilia en el país receptor de la inversión, en el segundo caso se establece la nueva empresa para un fin específico. Es importante destacar que la sucursal representa una extensión del inversionista directo, siendo directa porque el inversionista extranjero transfiere recursos al país receptor donde ubica la mencionada sucursal. En cuanto a la nueva empresa o empresa específica el inversionista es propietario todo o parte del capital social.

A pesar de la denuncia y salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones resulta importante lo establecido en el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado por las Decisiones 291 y 292 de la Comunidad Andina de Naciones en 1992 y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.34.993 de fecha 13 de febrero de 1992, la cual establece en su artículo 1, lo que se entiende como Inversión Extranjera Directa, estando conformada este tipo de inversión por:

...los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos

nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios. Igualmente se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente Régimen. Los Países miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones.

Han transcurridos los cinco años establecidos en el Acuerdo de Cartagena para mantener la observancia de la normativa de la Comunidad Andina de Naciones, sin embargo, con la incorporación de Venezuela al Mercosur es probable el mantenimiento de concepciones similares a objeto de definir la inversión extranjera directa.

En la inversión indirecta o en cartera el inversionista tiene una participación menor al diez por ciento (10%) en el capital social y no ejerce control sobre la empresa. Es una forma de inversión pasiva y está formada entre otras por acciones y participaciones en capital social, bonos a largo plazo, así como, derivados financieros.

El aspecto resaltante en este tipo de inversión lo constituye el hecho de que el inversionista extranjero no tiene control sobre la empresa (más allá de su participación en el capital social), esto implica que no mantiene algún tipo de función en la dirección o gestión empresarial. Cuando el inversionista extranjero realiza una inversión en cartera de acuerdo a Rodner (2007): "...en base a una decisión exclusivamente financiera, la cual está basada en la expectativa de rendimiento directo de la inversión que satisfaga alguna fórmula de retorno esperado..."(p.718). Esto implica que el inversionista extranjero toma su decisión basado en la tasa de retorno de la inversión o dividendos producto del flujo de la inversión, sea por concepto de pago de dividendos netos o revalorización de la

acción a los efectos de una venta futura.

Así mismo señala que en la inversión conjunta (Joint Venture), el inversionista extranjero asociado con otros inversionistas nacionales o extranjeros, participa con menos del 51% de las acciones, sin embargo, mantiene un rol en la dirección o gestión de la sociedad. En la inversión conjunta los inversionistas, dos o más, ejercen participación tanto en el capital como en la gerencia de la empresa receptora, representa una forma de inversión directa donde hay más un accionista en el control y administración.

En el caso de América latina existe la tendencia que una empresa conjunta tenga componentes de capital extranjero y componentes de capital nacional representados en participaciones que hacen que las políticas de la empresa y las respectivas mediciones de la viabilidad financiera de la inversión, así como de las proyecciones de la empresa se realicen considerando los intereses establecidos, Rodner (1997). Las decisiones financieras de la empresa deben hacerse midiendo los costos de capital de cada inversionista, extranjero y nacional, ya que cada uno tiene un peso específico e importante en la composición accionaria.

De acuerdo a la normativa del Mercado Común Andino la empresa conjunta se define como aquella donde más del veinte (20 %) pero no más del cuarenta y nueve por ciento (49%) del capital social es propiedad de inversionistas extranjeros.

Aun cuando en la normativa legal venezolana existe el reconocimiento de inversión a todo activo siguiendo el enfoque de la mayoría de los tratados a nivel internacional a fin de fomentar y proteger la inversión extranjera, señala Alarcón (2000), ciertas contradicciones e interpretaciones de las conceptualizaciones y tipos de inversión. Así mismo, indica que las definiciones de inversión extranjera directa, inversión subregional, inversión de capital neutro, así como, la inversión de Empresas Multinacionales Andinas fueron tomadas de las Decisiones aprobadas por la Comunidad Andina y por la reglamentación en Venezuela.

Los anteriores tipos de inversión han sido considerados en Venezuela como inversión internacional lo cual contradice lo que estableció la Comunidad Andina de Naciones en la Decisión 291. Consideración que debe ratificarse

alVenezuela ya no formar parte de la mencionada comunidad. Otro tanto sucede con el tratamiento al capital neutro, el cual se considera como inversión internacional y la mencionada Decisión 291 estableció que para la determinación del carácter nacional, mixta o extranjera de las empresas en la que se dan esas inversiones se excluyen de la base de cálculo el aporte de capital neutro, y sólo se consideran los porcentajes de participación que realizan los inversionistas tanto nacionales como extranjeros en el monto que resta del capital.

Por otra parte, previo al retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 291 permitía, ante la omisión de la legislación nacional o deficiente técnica legislativa, definir con claridad lo que debe entenderse por inversión e inversionista nacional. Definir en qué consiste una inversión nacional más allá de “la inversión que es propiedad de, o en la cual se ejerce el control efectivo por parte de personas naturales o jurídicas venezolanas”.Aspectos que deberán solventarse a través de un reglamento o Tratados Bilaterales.

### **La Inversión Extranjera en Venezuela**

En Venezuela durante la era agropecuaria predominó la inversión extranjera indirecta que se realizaba en forma de préstamos al gobierno y a determinados particulares, esto se explica fundamentalmente por la Revolución Industrial, que originó que los países productores de materias primas participaran en el importante incremento de la producción industrial. Los países productores de materia prima en esa etapa garantizaban sin inconvenientes la producción que requerían los países desarrollados, por lo cual no era necesaria la inversión en forma directa. Iniciándose de esta forma la conformación del sistema industrial capitalista.

La forma de producción tradicional se basaba en una tecnología primitiva, la cual requería de poco capital, sin embargo, la producción de materia prima y alimentos era suficiente para satisfacer de la demanda mundial de ese momento. De esa forma regiones como América Latina y países como Venezuela producían la materia prima y alimentos como café, carne, cacao y distintos minerales demandados.

Paralelamente al intercambio comercial entre los países abastecedores de materias primas y alimentos con los países desarrollados, se originaban cambios radicales en el intercambio económico internacional, uno de éstos fue formación de grandes empresas que concentraban la mayor parte del capital emergente, originándose importantes monopolios, y por lo tanto, quedando rezagadas en el mejor de los casos, las pequeñas empresas, algunos denominan esta fase como capitalismo monopolista.

Es en los Estados Unidos y en Europa a finales del siglo XVIII donde comienzan a surgir este tipo de grandes organizaciones empresariales, y a su vez explica, el nuevo tipo de inversión asociado a los avances tecnológicos, y por ende, su expansión mundial y notorio incremento de la capacidad productiva.

La disputa entre estas grandes empresas implicaba una competencia por el control de las materias primas en el mundo y poder incrementar su participación en el mercado mundial, la inversión directa trae consigo el control y gestión de los negocios garantizándose el abastecimiento de las materias primas requeridas. En Venezuela de esta forma llegan a tener el control de la explotación petrolera. Siendo las empresas explotadoras de petróleo más importantes las anglo holandesas y las norteamericanas quienes realizaron grandes inversiones a comienzos de los años veinte. En los años treinta, cuarenta y principalmente cincuenta, paralelo a la explotación del petróleo comienza a gran escala la explotación del hierro, lo que representa una nueva etapa en las inversiones extranjeras en el país.

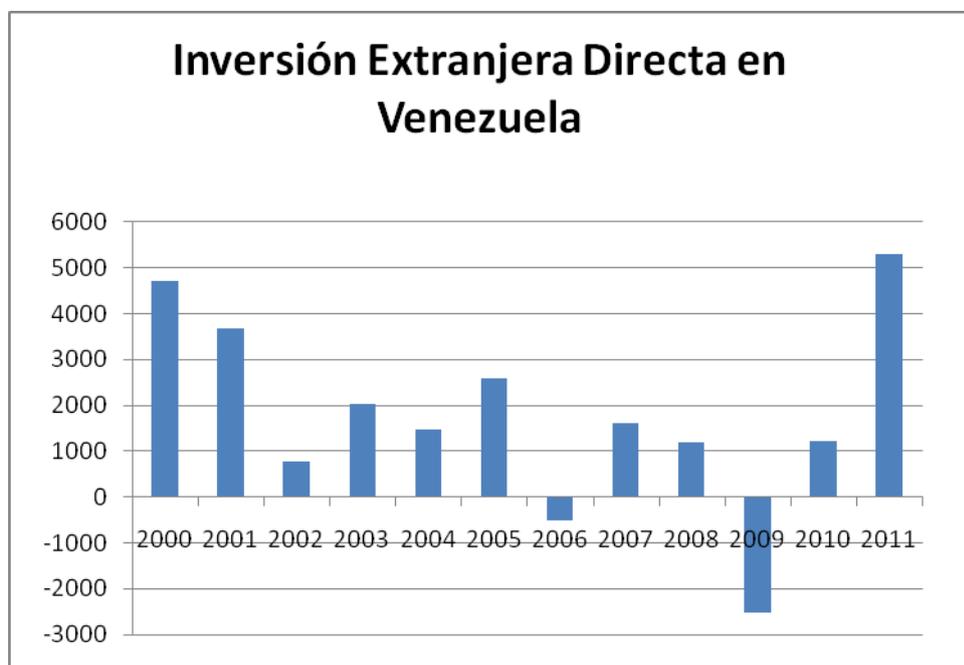
De acuerdo a Rodner (1997), la política en los años sesenta hasta 1973 fue la de crear barreras arancelarias "...con el propósito de incrementar la rentabilidad del capital en las industrias manufactureras operando en Venezuela y con ello incentivar inversiones extranjeras en la industria media", manifestándose de esta manera otra área representativa de la economía donde tenía presencia activa la inversión extranjera.

Ya en los años setenta y ochenta las inversiones extranjeras presentan un declive y restricción, en parte por la influencia gestada en América Latina a través de organismos como la CEPAL y el Reglamento de Inversiones Extranjeras del

Acuerdo de Cartagena, en las cuales se pretendía limitar la inversión foránea con la intención de fomentar la industria nacional. Otro factor que explica esa política restrictiva obedeció a la fuerte deuda externa de los países de la región lo cual, entre otras cosas, debilitó las monedas latinoamericanas. Todo eso refleja la poca inversión extranjera en esos años.

En la década de los noventa se modifica esa política, y comienza una etapa de fomento a la participación de los capitales extranjeros en el capital social de las empresas, ejemplo de ello se tiene en la decisión 291 del Acuerdo de Cartagena.

De acuerdo con los reportes de Balanza de Pagos publicados por el Banco Central de Venezuela, la inversión extranjera directa en el país, en millones de dólares, se ha comportado de la siguiente manera: para el año 2000 de \$4.701, para el año 2001 de \$3.683, en el año 2002 de \$782, año 2003 de \$2.040, año 2004 de \$1.483, año 2005 de \$2.589, año 2006 de \$ -508, año 2007 de \$1.620, año 2008 de \$1.195, año 2009 de \$ -2.536, año 2010 de \$1.209 y año 2011 de \$5302.



Fuente: Banco Central de Venezuela

Con respecto al año 2011, y de acuerdo al Banco Central de Venezuela el resultado estaría vinculado a un relevante incremento de las utilidades invertidas,

así como de saldos de dividendos pendientes por pagar correspondientes a las empresas mixtas petroleras y aquellas instituciones financieras con capital extranjero y financiamiento comercial relacionados al sector no financiero.

Las cifras expuestas reflejan en promedio una muy baja inversión extranjera en el país, sobre todo al comparar esas cifras con países cercanos y de economías relativamente similares como Brasil y Colombia, lo que implica la necesidad de fomentar y proteger este tipo de iniciativas, siendo para ello fundamental la seguridad jurídica.

### **Régimen Jurídico de la Inversión Extranjera en Venezuela**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el marco político y legal que regula el tratamiento a las inversiones foráneas en el país, en este sentido, es importante reconocer el régimen socioeconómico que se establece, éste se encuentra señalado en el artículo 299, que señala:

El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta.

Del principio constitucional citado se infiere la existencia de un modelo de economía mixta donde participan armónicamente tanto el Estado como la iniciativa privada, garantizando el primero, uno de los principales pilares de un sistema democrático, como lo es la seguridad jurídica, imprescindible a los fines de promover la inversión sea nacional o extranjera. Esta concepción liberal

arraigada en la carta magna ilustra el equilibrio entre la fuerza y control del Estado y las reglas claras del libre mercado. Cuestión fundamental para fomentar la inversión extranjera.

Así mismo, el principal contrato social aprobado por los venezolanos en el año 1999, en su artículo 301 hace clara referencia a la política comercial del Estado y a las condiciones a la inversión extranjera, estableciendo que:

El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La Inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

Aun cuando pudiese presentarse una discusión sobre las diferencias establecidas en cuanto a las condiciones para la inversión extranjera presentes tanto en la carta magna como en el Decreto-ley de Promoción y Protección de Inversiones, lo cierto es que priva la norma de rango constitucional relativa a la igualdad de trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, lo contrario, sería discriminatorio.

Sin embargo, el principio de igualdad de trato tiene sus excepciones en cuanto a áreas que el Estado venezolano se ha reservado por razones estratégicas, como por ejemplo la industria y comercio de los hidrocarburos, el hierro, y la necesidad de autorización al Ministerio de la Defensa para ser propietario de algún inmueble ubicado en zona fronteriza, o zona que circunde las industrias básicas o instalaciones militares.

Como parte de la política comercial y por ende, de fomento y protección a la inversión extranjera, se tienen los acuerdos de integración, los cuales de acuerdo a la norma constitucional, se privilegian los establecidos con Iberoamérica, lo que se considera parte de una política común de América Latina. En este sentido, el artículo 153 señala:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de

naciones defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Lo anterior no deja dudas sobre el carácter supralegal de los procesos de integración válidamente suscritos por el país, de acuerdo a la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aun cuando Venezuela no es parte de ese tratado, se considera algo consuetudinario, una práctica considerada ley, así como, lo establecido en el ordenamiento constitucional en cuanto a la aprobación y ratificación por parte del parlamento nacional. En ese sentido, la Carta Magna señala en su artículo 23:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De acuerdo con Maekelt (2005), los tratados para la promoción y protección de inversiones“tienen su origen en los tratados tradicionales sobre amistad, comercio y transporte marítimo celebrados por los Estados

industrializados occidentales. Estos tratados contienen, ordinariamente, disposiciones sobre la admisión y la protección de las inversiones”. (p.331).

Los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI) se originan como elementos de cooperación internacional y en especial, como mecanismo de fomento y protección a la inversión internacional en aspectos como el trato nacional, el tratamiento justo y equitativo, la cláusula de la nación más favorecida, el acuerdo arbitral para la resolución de conflictos, expropiaciones, entre otras.

En ese sentido, Torrealba (2008), señala:

Los Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones centran su importancia en que los particulares tienen derechos muy limitados en el Derecho Internacional. Efectivamente la inexistencia de un TBI o TMI restringe las opciones de resolución de controversias del inversionista extranjero a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión y la protección diplomática, por regla general brindada por el Estado de su nacionalidad, el cual también podría intentar acciones ante los mecanismos judiciales internacionales de ser el caso. (p.110).

Sobre el aspecto referente a la resolución de conflictos la mayoría de los TPPI establecen al arbitraje como el mecanismo por excelencia para dirimir controversias, aspecto que igual tiene fundamento en el artículo 258 constitucional que establece: “...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la resolución de conflictos”.

Venezuela tiene Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones con países como Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica y Luxemburgo, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Italia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Lituania, Países Bajos, Perú Portugal, Paraguay, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay y Vietnam. En estos tratados que forman parte del régimen jurídico como se ha establecido anteriormente se definen aspectos como: la interpretación del tratado, su ámbito de aplicación, qué se entiende por inversionista extranjero y por

inversión extranjera, la aplicación en el tiempo, los efectos del TBI después de su terminación, la admisión, los principios como el no discriminación, trato nacional, tratamiento justo y equitativo, transferencias, expropiaciones y mecanismos de consulta por citar algunos.

Como acertadamente afirma Alarcón (2000), no es suficiente la firma del Tratado Bilateral de Inversión como mecanismo de promoción de la inversión extranjera, se requieren igualmente oportunidades de negocio, ventajas competitivas, estabilidad política, económica y social y capital humano, entre otros.

En este punto relacionado con tratados y acuerdos de integración resulta importante destacar la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena relativa al Régimen Común del Pacto Andino que regula a nivel subregional, el Tratamiento a los Capitales Extranjeros y a la Importación de Tecnología y Uso y Explotación de Marcas y Patentes (Gaceta Oficial de la República de Venezuela E. N.4284 de fecha 28 de junio de 1991).

En ese sentido, (como aspecto referencial luego de denunciado el tratado), igualmente resalta la Decisión 292 del Acuerdo de Cartagena correspondiente al Régimen Común del Pacto Andino que regula a nivel subregional el Tratamiento a las Empresas Multinacionales Andinas y el Decreto 2095 del 13 de febrero de 1992 relativo al Reglamento Nacional del Régimen Común que regula el Tratamiento a la Inversión Extranjera y a la Importación de Tecnología y Uso y Explotación de Marcas y Patentes (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.34.930 de fecha 25 de marzo de 1992).

Venezuela ha ingresado al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), ingreso cuestionado por muchos por la forma en que se realizó, más allá de esa situación y sus probables secuelas, el ingreso podría en un futuro permitir, desde un punto de vista de política económica, un marco adecuado a la inversión extranjera de los países miembros. Igualmente aún forma parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y tiene carácter obligatorio como miembro pleno.

La constitución de la OMC o Acuerdo de Marrakesh como también es conocido, tiene su origen en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y

Comercio (GATT por sus siglas en inglés- General Agreement on Tariffs and Trade). El objeto del acuerdo es que los distintos países se beneficien del incremento del comercio internacional, sin discriminación y basados en una disminución de las estructuras arancelarias, lo cual implica una liberalización del comercio y un sistema internacional comercial mejor integrado con base en la reciprocidad y ventajas mutuas.

De acuerdo a Zambrano (2002), la Organización Mundial de Comercio tiene las siguientes funciones:

1. Administra sus propios acuerdos comerciales; 2. Es un foro mundial permanente para las negociaciones comerciales y solución de conflictos que surjan entre los miembros; 3. Supervisa las políticas comerciales de los gobiernos de los países miembros, a objeto de armonizar sus normas y suprimir las barreras no arancelarias que dificultan el comercio; 4. Brinda asistencia técnica y cursos de formación para países en desarrollo para su incorporación a la economía globalizada; 5. Cooperar con las demás organizaciones y agencias internacionales en la búsqueda de la paz mundial y el desarrollo de las naciones.... (p.24).

La Organización Mundial de Comercio estableció el Acuerdo sobre medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio destinadas específicamente a la regulación de los aspectos referentes al tráfico de mercancía. Teniendo igualmente en esta materia un Comité de Medidas en Materia de Inversiones.

Son varias las normas de rango legal que regulan la inversión extranjera en Venezuela, la principal la representa el Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones. El Decreto N.356 de fecha 03 de octubre de 1999 con rango, valor y fuerza de ley fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N. 5390 de fecha 22 de octubre de 1999.

El objeto de la mencionada regulación de acuerdo al artículo 1 del Decreto es:

...proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de 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.

Se destaca el “marco jurídico estable y previsible”, conforme a lo que se entiende por seguridad jurídica y Estado de Derecho. Sin embargo, se precisa en el artículo 5 de la Ley que Venezuela podrá celebrar tratados o acuerdos que pudieran contener disposiciones que brinden una protección más favorable a las inversiones que las establecidas en la Ley, siendo igualmente posible incorporar mecanismos de protección de inversiones distintos a los señalados en la misma.

A todo evento, tanto las inversiones como 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 lógico inferir, sólo de la protección que concede la Ley, a esta protección puede adherirse la que surja de un eventual acuerdo o tratado de promoción o protección de inversiones con su país de origen, o tratados multilaterales donde el Estado procurará brindar la mayor protección posible a los inversionistas.

Con la intención de dar cumplimiento al marco jurídico estable y previsible previsto en el objeto de la Ley, se incorporan en la misma una serie de garantías generales para la protección de las inversiones, la primera garantía la constituye el derecho a un trato justo y equitativo conforme a las normas del derecho internacional, en este sentido, no podrán ser objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su gestión, al respecto el artículo 6 de la Ley señala:

Las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que

obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación.

El criterio del trato justo y equitativo como estándar de protección a la inversión extranjera no es nuevo, lo cual no descarta lo complejo de su conceptualización, para Maekelt (2005), consiste en:

...directrices generales del tratamiento que el Estado receptor debe dispensarle al inversor extranjero. Algunas de ellas son autónomas, otras, por el contrario, están referidas a comparaciones con el trato dado a los nacionales del Estado receptor o de terceros Estados.... (p.335).

Sobre el trato justo y equitativo Fernández de Gumerdi citado por Maekelt (2005), señala que:

Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo (omissis). Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo es muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta. (p.336).

Esta noción garantiza al inversor extranjero que el Estado que actúa como receptor de la inversión ejecute acciones o medidas que tergiversen la normal administración, disfrute y disposición de la inversión.

La segunda garantía establecida en la Ley va referida al trato nacional, es ese sentido, en su artículo 7 establece:

Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán 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 el presente Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: Mediante Ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas

venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.

Esta noción implica que la inversión internacional que ha ingresado en el Estado receptor, debe ser sujeto de un trato no menos favorable que el recibido por los inversionistas nacionales, con la posibilidad que pudieran surgir dudas en cuanto a la interpretación de “circunstancias similares”, dada la subjetividad.

La tercera garantía consagrada en la Ley consiste en la no discriminación o derecho a trato no discriminatorio, así el artículo 8 señala:

No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse 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.

En esta noción destaca no sólo el daño sino la intencionalidad del Estado receptor de generar un daño al inversionista internacional, en este sentido, Alarcón (2000), explica:

...Para que un tratamiento dado a un inversionista extranjero sea considerado como un acto discriminatorio deben producirse dos condiciones básicas fundamentadas...la primera, se refiere a que el acto en sí mismo tenga como resultado un daño al inversionista extranjero; y la segunda se refiere a que el acto debe ser ejecutado con la intención de infligir tal daño al inversionista.... (p.175).

Así mismo, la Ley garantiza protección contra las confiscaciones y las expropiaciones se darán por causas de utilidad pública, siguiendo el

procedimiento establecido por Ley y mediante una justa, pronta y adecuada indemnización, al respecto el artículo 11 establece:

No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada. 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 incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora. Parágrafo Único: Las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en moneda convertible y serán libremente transferibles al exterior.

Igualmente se garantiza la transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas correspondientes al mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pagos 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 a que se refiere el artículo 11º; el producto de la venta o liquidación total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias. Las transferencias se deben efectuar sin demora en moneda convertible al tipo de cambio vigente para el día de la transferencia.

Dentro de los mecanismos que contempla la Ley y que tienen como objetivo el marco jurídico estable y previsible para la protección de las

inversiones se encuentran los contratos de estabilidad jurídica, consagrado en el artículo 17 en el cual se establece que la República puede celebrar contratos de estabilidad jurídica con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad necesaria para el adecuado desarrollo de la inversión, la estabilidad estaría circunscrita a algunas condiciones económicas durante la vigencia de los respectivos contratos.

Referente a la solución de las controversias que surjan con motivo de las inversiones, la Ley consagra básicamente dos opciones: la primera, cuando entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista no exista un tratado o acuerdo sobre inversiones, se recurrirá a procurar un acuerdo por la vía diplomática en el transcurso de doce meses, de lo contrario, se irá al arbitraje acordado con el otro país. La segunda, de existir el tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, se someterá la controversia a arbitraje internacional, sin perjuicio de cuando proceda, acudir a la jurisdicción establecida en la legislación nacional. Situaciones que igualmente son aplicables a controversias que se rijan por las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), así como, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), ésta última de reciente denuncia por parte del Estado venezolano. Sin embargo, como se verá más adelante, existen decisiones nacionales e internacionales con una interpretación contraria a la expuesta.

En los casos de existir un contrato de estabilidad jurídica entre el Estado venezolano y el inversionista, las controversias surgidas pueden dirimirse a través del arbitraje institucional, de acuerdo a lo establecido en la Ley sobre Arbitraje Comercial..

La regulación tributaria constituye un área de interés en el análisis de la fuente legal que enmarca a las inversiones extranjeras, bajo el principio de legalidad, en Venezuela el Poder Público a través de sus jurisdicciones sea nacional, estatal o municipal estructura su sistema tributario, destacándose que se han suscrito acuerdos con otros países para evitar la doble tributación.

Venezuela ha suscrito Tratados de Doble Tributación con Alemania, Austria, Barbados, Belarús, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, China, Colombia, Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados Unidos, Francia, Holanda; Indonesia, Italia, Irán, Kuwait, Noruega, Malasia, Portugal, México, Países Bajos, Qatar, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago y Vietnam. De acuerdo a los tratados se establecen límites a la tasa impositiva que el país de origen pueda aplicar al resultado de la inversión, ya sean dividendos, intereses o regalías. Aun cuando el inversionista extranjero ejecute actividades en distintos países, representa un sujeto impositivo sólo por las actividades que realice en el país.

Como parte de la política de fomento a las inversiones extranjeras se encuentra la existencia de incentivos tributarios en determinados sectores de la economía, se puede mencionar como ejemplo, que el país al suscribir los contratos de estabilidad jurídica antes mencionados, puede consagrar en éstos la estabilidad de los regímenes de impuestos nacionales vigentes al momento de celebrarse el contrato, siendo necesaria la opinión favorable del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), así como, la previa autorización del parlamento nacional.

La protección a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial conforma dos áreas fundamentales en la promoción y protección de inversiones, y por ende, su mayor presencia en el país, siendo reguladas ambas materias por leyes nacionales y convenios internacionales. El organismo responsable a nivel administrativo de la supervisión y protección de la propiedad intelectual, con respecto al registro, es el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual.

En Venezuela las leyes que regulan la propiedad intelectual son: la Ley de Propiedad Industrial Gaceta Oficial N° 25.227, de fecha 10 de diciembre de 1956 y la Ley de Derechos de Autor. La primera consagra los derechos de los inventores, descubridores e introductores de las creaciones, inventos o descubrimientos, relacionados con la industria, así como, los correspondientes derechos de los productores, fabricantes o comerciantes sobre las frases o signos especiales que adopten para distinguirse de sus similares en los resultados de su trabajo o

actividad. La segunda, contempla los derechos de los autores sobre las obras del ingenio de carácter creador, ya sea de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.

En cuanto a los convenios suscritos por Venezuela en materia de propiedad intelectual, es de destacarel país se retira de la Comunidad Andina de Naciones, y por decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 04 de julio de 2012, se insta a la Asamblea Nacional a proceder a revisar la legislación vigente en materia de propiedad intelectual "...a los fines de adecuarla al alcance y contenido del artículo 98 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bajo el principio de progresividad de los derechos humanos". De los tratados ratificados por Venezuela en esta materia se tiene:

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial
- Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas
- Convención Universal sobre el Derecho de Autor; Tratado de la Organización Mundial de la propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión
- Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio

Desde un punto de vista administrativo existen varios entes con competencia en la regulación de la inversión extranjera, siendo uno de los principales la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX), éste órgano desarrolla su actividad en un marco jurídico orientado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones con su reglamento y el Decreto N.2095 del Reglamento Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y

Regalías. Actualmente se encuentra adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Comercio. Entre sus atribuciones destacan:

- Apoyar e instrumentar las políticas de promoción, captación y protección de inversiones nacionales y extranjeras.
- Emitir el Registro de Inversionistas Extranjeros, Calificación de Empresa, Registro de Contratos de Tecnología y Credencial de Inversionista Nacional.
- Elaborar las estadísticas relacionadas con las Inversiones Extranjeras e Importación de Tecnología.
- Apoyar a los representantes del Ministerio del Poder Popular para el Comercio en negociaciones internacionales en áreas de su competencia.
- Efectuar el seguimiento de las inversiones extranjeras e importación de tecnología con fines de su fiscalización.
- Diseñar, implementar y mantener el Sistema de Información de Inversiones Extranjeras y crear una base de datos.
- Emitir actos administrativos y dictámenes.

Del procedimiento para la inversión extranjera se requiere la constitución y el registro de la empresa, y el posterior registro de la inversión ante la SIEX, en el primer caso, los inversionistas extranjeros deben constituir su empresa adoptando cualesquiera de las formas societarias establecidas en la legislación mercantil venezolana, de las cuales la más usual es la sociedad anónima, procediendo posteriormente a registrarla en el Registro Mercantil correspondiente, adjuntando sus estatutos y denominación comercial.

Cumplido el paso anterior se requiere el registro de la inversión ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, la solicitud de registro se realiza dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en la cual se inscriba en el Registro Mercantil respectivo, siendo la fecha referencial para considerar el acto constitutivo de la inversión extranjera directa, todo de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2095. El registro de inversión extranjera permite entre otras cosas,

la determinación del valor de la inversión extranjera directa, las reinversiones y los aumentos de capital, así como, de soporte para la repatriación de capitales, remisión de dividendos y el trato justo.

La solicitud para el registro de inversión extranjera directa se realiza a través de un documento que se acompaña del comprobante de ingresos de divisas o bienes físicos o tangibles aportados como pago de capital suscrito, copia certificada del documento constitutivo estatutario de la empresa receptora de la inversión, documento constitutivo del inversionista extranjero si es persona jurídica traducido y legalizado por el Consulado de Venezuela en el país de origen, la solicitud de calificación de empresa, entre otros requisitos.

Lo anterior evidencia que la inversión extranjera en principio no requiere de autorización previa sino posterior, la excepción al principio sería, como se señaló más arriba, la necesidad de autorización al Ministerio de la Defensa para ser propietario de algún inmueble ubicado en zona fronteriza, o zona que circunde las industrias básicas o instalaciones militares, de acuerdo a lo consagrado en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa.

Existen sectores en los cuales hay restricciones a las inversiones extranjeras, restricción que no necesariamente es total ya que de acuerdo a la Decisión 291 en las empresas nacionales el inversionista extranjero tiene la posibilidad de invertir y ser propietario hasta de un veinte 20% de las mismas. Las restricciones se dan en el sector hidrocarburos, hierro, servicios profesionales cuyo servicio este regido por ley, como las profesiones de abogado, contador público, médico, periodista, ingeniero, entre otras, así como, en la televisión, radiodifusión y periódicos en idioma español.

En líneas generales, podría afirmarse que existe en Venezuela un marco jurídico idóneo para el fomento, promoción y protección de las inversiones extranjeras, ello se desprende, del análisis constitucional en cuanto al régimen socioeconómico, políticas de integración comercial y principios del Estado de derecho, por otra parte, a nivel legal, podría llegarse a ratificar lo expuesto, si se analizan leyes como la referida al arbitraje comercial, y a la promoción y protección de inversiones. Aunado a los acuerdos internacionales válidamente

suscritos por la República y los tratados bilaterales de inversión. Lo atinente a la interpretación de esa normativa legal con la consiguiente jurisprudencia se abordará en el capítulo respectivo.

### **Capítulo III**

#### **Los Riesgos de la Inversión Extranjera en Venezuela**

##### **Definición**

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española (2001), la palabra Riesgo deriva del italiano *risico* o *rischio* y éste del árabe clásico *rizq*, e implica lo que depara la providencia. Entendiéndose en su primera acepción como la “contingencia o proximidad de un daño”, o sea, la posibilidad que suceda o no determinado hecho con una connotación negativa.

La posibilidad de daño está presente prácticamente en todos los ámbitos ya sea de personas naturales o jurídicas, y la amplitud puede dar lugar a la abstracción al momento de representar el riesgo, sobre esto, Rangel (2001), señala:

La acepción común no los muestra como una representación abstracta de la posibilidad racional de un acontecimiento dañoso. Si la posibilidad de daño está excluida de antemano, se desvanece esta representación, incluso la técnica, que en cambio introduce la idea de probabilidad estadísticamente determinada de un hecho dañoso... (p.335).

En la legislación venezolana el riesgo constituye un suceso que tiene como características el que deba ser futuro, incierto e independiente de la voluntad, para Cabanellas (2003), el riesgo en lo jurídico estricto, se fundamenta “...en ecuación resultante de lo equitativo de compensar la eventualidad de la pérdida con la probabilidad de la ganancia...” (p.243), ilustra con un aforismo clásico que señala: “*Ubipericulum, ibiestlucrumcollocetur*” (Donde está el riesgo, allí también se ponga el lucro).

##### **Riesgos en la Inversión Extranjera**

Nadie discute la importancia de la inversión extranjera y su adecuada participación en el crecimiento y desarrollo de las naciones, así como, la necesidad de generar incentivos considerando la limitación de la oferta de capitales internacionales. En este sentido, se conjugan los riesgos desde dos

perspectivas, una, la del país receptor de la inversión extranjera que procura crear las condiciones idóneas que minimicen los riesgos de la inversión foránea, así como, estableciendo parámetros que eviten eventuales perjuicios en su territorio, y la segunda, la manera que el inversionista internacional maneja los riesgos a través del conocimiento de su mercado meta y la diversificación, entre otras.

Aunado a la limitación de los capitales extranjeros es importante considerar que el inversionista internacional busca una tasa de rendimiento mayor a la que obtendría en su mercado de origen, es esa mayor ganancia que lo lleva a asumir determinados riesgos, algo que igualmente deben sopesar los países receptores de la inversión. En este sentido, resulta vital conocer los riesgos y procurar minimizarlos, o sea, estudiar la administración del riesgo.

Los riesgos son de diversa índole desde los económicos, legales, fiscales, laborales, ejemplo de estos, se tienen en las fluctuaciones de las tasas de cambio, incrementos desproporcionados en los impuestos, tasas y contribuciones, costos laborales, determinadas ideologías políticas que socavan la libertad económica, políticas relacionadas al medio ambiente, regulaciones a la propiedad. Riesgos que deben ser evaluados en profundidad tanto por los inversionistas extranjeros como por los países receptores de la mencionada inversión.

De acuerdo a Rodner (1997), la decisión de realizar una inversión directa internacional normalmente se toma con base al resultado del cálculo del valor presente en los flujos de efectivo esperados por la inversión, descontados a una tasa que cubra adecuadamente *los riesgos* de la inversión, más el costo del capital interno propio de la empresa inversionista. Utilizando para ello determinado modelo financiero.

Lo anterior implica el identificar los flujos tanto positivos como negativos que se pretenden sean generados por la inversión, la definición del modelo financiero que se aplicaría el cual incluiría *los riesgos* del país receptor de la inversión, el cálculo del período y la tasa a la que se descuentan los flujos de acuerdo a la rentabilidad esperada.

En líneas generales, se entiende por flujos positivos a todos aquellos pagos que efectivamente recibe el inversionista como producto de la inversión, siempre

contabilizados en la moneda contable del inversionista. Ejemplo de éstos serían: dividendos, regalías, exportación de maquinarias o materias primas. Los flujos negativos implican los costos y pagos que realiza el inversionista, entre los cuales se pueden mencionar: inversión inicial, reinversión de utilidades, costos de planta y equipos y costos de transferencia de tecnología.

### **Riesgo de Cambio**

Los flujos de efectivos positivos y negativos que genera una inversión traen consigo un *riesgo* de disponibilidad y un *riesgo* de fluctuación de la tasa de cambio entre la moneda contable del inversionista y la moneda del país receptor de la inversión, riesgos que dependiendo de la planificación pudiesen ser a corto o largo plazo. Este riesgo puede ser de disponibilidad de moneda o de riesgo en la tasa de cambio.

En el sistema financiero internacional ocurren eventos significativos entre ellos lo que se denomina desmembramiento de los sistemas de cambio, en este sentido, Rodner (1997), señala:

Desde 1973 las tasas de cambio entre las principales monedas del mundo han estado sujetas a un sistema de paridad flotante...el dólar norteamericano ha tenido fluctuaciones graves (tanto positivas como negativas) en su valor de cambio, con una serie de monedas europeas y el yen. Por otro lado, nuestros países latinoamericanos, desde mediados de la década de los '70, han comenzado a experimentar con diferentes sistemas de cambio, sistemas de cambio fijo, sistemas de devaluaciones constantes, etc. Esto significa que, hoy en día, los riesgos de variaciones en las paridades de cambio entre las monedas han incrementado sustancialmente en relación con los riesgos que existían hasta 1973. (p.73)

Los riesgos de disponibilidad de moneda implican que el país receptor de la inversión en un momento dado podría tener escasez de divisas haciendo complicado el pagar a los inversionistas lo correspondiente a pagos de dividendos, repatriación de capitales, pagos por concepto de exportaciones. En estos casos los países receptores de la inversión aplican controles de cambio.

Esta situación de riesgo se vive actualmente en Venezuela donde existe un control de cambios con una década de duración, y un déficit fiscal cercano al 20 % del PIB, producto entre otras cosas, de la escasez de divisas, lo que ha traído inconvenientes en los pagos a los inversionistas internacionales referente a repatriación de capitales y pagos por expropiaciones.

En líneas generales, se puede definir el control de cambio como cualquier tipo de intervención gubernamental en el valor internacional de su propia moneda. De esta manera constituye un control de cambio el uso de la política arancelaria para proteger los productos nacionales de determinada industria. Cuando el Estado establece un arancel alto con la finalidad de proteger productos textiles, limita el uso de divisas para adquirir textiles importados. Rodner (1997).

En forma amplia el control de cambio abarca toda restricción o limitación cuantitativa o cualitativa en el valor de la moneda o en el acceso a los mercados de cambio. Es importante resaltar que jurídicamente el control de cambio resulta de toda restricción al monto de divisas extranjeras que pueda adquirir algún particular.

Los riesgos en la tasa de cambio suceden por las fluctuaciones que se presentan entre la tasa de cambio de la moneda contable que usa el inversionista y la tasa de cambio oficial de la moneda del país receptor de la inversión. En Venezuela dentro del control de cambio imperante se ha devaluado la moneda en una primera parte a Bs. 2,15 y luego a Bs. 4,30 por dólar. Los principales analistas económicos prevén una inminente devaluación de la moneda considerando la elevada deuda externa, el incremento del déficit fiscal y las cuentas nacionales. Todo ello complica el escenario para una adecuada inversión extranjera.

De acuerdo a Rodner (1997), los riesgos en la tasa de cambio se pueden dividir en tres tipos de riesgo diferentes:

**Riesgo de Transacción:** Estos riesgos ocurren cuando sucede una variación en la tasa de cambio entre las monedas locales y contables respectivamente, lo que trae como consecuencia la afectación de los flujos de efectivo orientados desde el país receptor de la inversión al país que es domicilio del inversionista extranjero.

**Riesgo de Balance:** El riesgo de balance son los riesgos de fluctuaciones en las tasas de cambio que no se ejecutan en un determinado ejercicio económico pero que se incorporan por variaciones en los estados financieros del inversionista, específicamente en el balance general (activo, cuentas por cobrar). Las situaciones típicas donde surgen riesgos de transacción y balance son: Importaciones, exportaciones, inversiones en acciones y endeudamiento.

**Riesgo Económico:** El riesgo económico va orientado a la afectación de la rentabilidad a largo plazo. En este sentido, el riesgo de que las fluctuaciones en las tasas de cambio del país receptor de la inversión y el país del inversionista puedan impactar en la rentabilidad a largo plazo de la inversión. Las operaciones de la empresa muestran la manifestación de ese riesgo económico. Como factores importantes en la valoración de la existencia de riesgo económico se tiene: el grado de internacionalidad, la internacionalidad de los costos, la sensibilidad de las ventas de la empresa por variaciones en la tasa de cambio, concentración regional de ventas internacionales, que los riesgos económicos no se puedan cubrir con mecanismos tradicionales de coberturas de riesgos de cambio.

Es importante destacar que los riesgos en las variaciones de la tasas de cambio no es el hecho de que las tasas de cambio fluctúen, sino que esa variación sea distinta en mayor o menos medida al riesgo esperado. O sea, no es el cambio en términos meramente absolutos, sino en función a la tasa de cambio esperada y la tasa de cambio oficial.

Para Herrera (2010), el riesgo de cambio:

...consiste fundamentalmente en que los valores de cambio que se estiman al principio del proyecto de la inversión no corresponden a los valores que se generan de la inversión, o sea, el riesgo de cambio consiste en la desviación entre el valor estimado de una tasa de cambio y el valor real que se produce en cada uno de los períodos. Para los efectos de cubrir este riesgo de cambio, o sea, el riesgo de que la tasa de cambio sea distinta a aquella que se haya proyectado, normalmente se carga una prima al cálculo del costo del capital. (p.166).

Otro tanto con el riesgo de cambio relacionado a la devaluación de la moneda, el riesgo no es que se devalúe, sino que el monto o grado de la devaluación sea diferente al impacto de la devaluación de la moneda esperada. En Venezuela los analistas económicos expresan la posibilidad de una devaluación que giraría de Bs. 4, 30 a Bs. 7 u 8 por dólar, si las empresas estiman esa posibilidad, el riesgo estaría manifestándose en una devaluación superior a ese monto y en su impacto en el retorno de la inversión.

Considerando la importancia de los riesgos de cambio, asumidos como consecuencia de tener posiciones descubiertas en moneda extranjera, existen los mecanismos denominados de cobertura de riesgo cambio, con el objeto o no, depende de la decisión del inversor, de cubrir la posición de cambio. Esto en buena medida depende de la relación del costo de cobertura del riesgo y la expectativa de cambio de la moneda extranjera. Entre los mecanismos de cobertura de riesgo cambiario se tiene:

**Cobertura en los mercados de futuro:** Son convenios conocidos como futuros en los cuales se contrata la venta o compra de una divisa extranjera para entrega en una fecha en el futuro, y a una tasa de cambio predeterminedada. Rodner (1997), señala que si se está en presencia de un mercado perfecto la tasa en la cual se debe cotizar la moneda al futuro es producto de la tasa a la vista para la compra de la moneda por los diferenciales de interés. Si la posición de cambio de la empresa inversionista es descubierta, o sea, corta, respecto a una moneda extranjera, el contrato de futuro que debería establecerse es un contrato de compra de la divisa extranjera contra entrega de la moneda contable para poder entregar en una fecha idéntica a la fecha del egreso esperado en moneda extranjera. Si sucede lo contrario, la empresa tiene una posición larga, vende en el futuro la moneda extranjera contra entrega de su moneda contable.

De acuerdo al mencionado autor, el uso del futuro como mecanismo de cobertura implica dos condiciones respecto a las dos monedas, tanto la extranjera como la contable, condiciones que no siempre se cumplen. La primera es que exista un mercado relativamente líquido para las citadas operaciones, si no existe

cotización para cualquiera de las dos monedas no sería posible cubrir el riesgo de cambio. La segunda, que el mercado sea lo suficientemente profundo para que la tasa al futuro refleje lo más cercano posible los diferenciales de interés entre las monedas.

**Cobertura en el mercado de dinero:** La cobertura en el mercado de dinero implica la toma en préstamo o la colocación realizada para debilitar el establecimiento de la posición descubierta en moneda extranjera

**Tiempo:** El tiempo es posible utilizarlo como mecanismo para cubrir una posición de cambio, en este sentido, su uso se presenta cuando existen posiciones negativas y positivas, pero estas posiciones no coinciden. Dependiendo de la posición a cubrir se podría acelerar o desacelerar la cuenta por cobrar o la cuenta por pagar de tal manera que se precisa a ambos flujos a coincidir en el tiempo.

Al administrar un sistema global de aceleración y retraso se requiere según Rodner (1997):

a. Contar con un mecanismo eficiente de colocación a corto plazo de fondos en monedas, que permita aprovechar un error positivo de caja (adelanto) en los ingresos.

b. Una línea de sobregiro o de préstamo a corto plazo que permita cubrir errores negativos en los ingresos (retardo en el cobro). Las líneas tienen que ser en monedas múltiples de modo que el error negativo se cubra en la misma moneda. Si el error se cubre en otra moneda diferente a la moneda del ingreso esperado que se retrasa, la empresa puede crear una nueva posición de cambio. (p.386).

**Mecánica de Transacción:** la mecánica de transacción como mecanismo de cobertura de los riesgos de cambio implica básicamente planificar la política de la empresa y sus transacciones, de manera de evitar posiciones de cambio descubiertas. Siempre considerando que existen transacciones que obligatoriamente generan posiciones descubiertas.

El autor antes citado señala que la cobertura de transacción significa a veces la estructuración de políticas de mercado y de concentración de mercado. Un ejemplo típico de esto son las empresas que concentran sus importaciones y

exportaciones en un mismo grupo de países. Así, si una empresa venezolana importa materia prima de Estados Unidos, exportando sus productos a ese país, va generando posiciones activas y pasivas en dólares. Ejemplo igual de estas concentraciones se practican en Europa donde muchas empresas deciden concentrar sus transacciones internacionales en la Comunidad Europea.

### **Costos de Cobertura de Riesgos de cambio**

Como se ha visto anteriormente el riesgo de cambio se materializa en el pago de una cantidad de dinero denominada en moneda extranjera que trae un flujo positivo o negativo en la propia moneda contable, que puede ser mayor o menor del que inicialmente se esperaba. Estima Rodner (1997), que para valorar el mecanismo que se podría utilizar para cubrir los riesgos de cambio, se hace necesario estimar los costos relativos entre las distintas formas de cobertura de dichos riesgos a fin de determinar cuál es más bajo. Resulta importante resaltar que básicamente los riesgos de cambio se cubren a través de tres mecanismos, los mercados a futuro, mercado de dinero y el tiempo.

Se coincide en que para estimar el costo de los distintos mecanismos de cobertura de riesgo se requiere reducir a un común denominador el resultado de la aplicación de cada uno de los posibles mecanismos disponibles. Uno de los mecanismos utilizados consiste en reducir el resultado de los mecanismos utilizados a una cantidad de dinero determinada. Herrera (2010), manifiesta que si se pretende cubrir una posición pasiva podemos seleccionar la alternativa del valor más bajo, contrariamente si se cubre una posición activa, se busca alcanzar el valor final más alto. Otro mecanismo es el denominado como fórmula de puntos donde las alternativas indicadas se reducen a puntos, calculados los puntos dan una tasa real a futuro. Lo anterior implica que el denominador común es el menor costo posible para la empresa (o sea el mayor flujo). Sin embargo, para Rodner (1997), existen otros aspectos a tomar en cuenta, como:

- Al seleccionar el mecanismo considerar los efectos económicos sobre las operaciones de la empresa.
- Analizar que algunos de estos mecanismos no se encuentran disponibles para empresas que actúan en países que mantienen

restricciones cambiarias. En países de América Latina, el mecanismo más accesible de cobertura de riesgo de cambio que se tiene para posiciones largas en una moneda es el endeudamiento en el mercado interno y pago a la vista, y el mecanismo para cobertura de posiciones cortas es la aceleración de cuentas por cobrar.

- Las tasas de interés empleadas para realizar los cálculos no siempre son las mismas.
- Existen costos adicionales que deben agregarse a cada alternativa. Los préstamos implican el pago de comisiones bancarias.
- No siempre es indispensable cubrir los riesgos de cambio. Por ello resulta importante la proyección, sólo se debería incurrir en el costo de cobertura, si se estima que existe un riesgo de cambio. Aun cuando no es la posición de la mayoría de los autores.

### **Riesgos políticos**

El riesgo de una diferencia en el tratamiento del sistema jurídico en el país receptor de la inversión al tratamiento a una inversión similar en el país o domicilio del inversionista es como algunos autores definen el riesgo político.

Los riesgos políticos en general abarcan una seria amplia de aspectos, para el presente análisis, se abordan los riesgos políticos que afectan fundamentalmente las inversiones extranjeras, ya que existen riesgos políticos que en determinado momento puedan afectar de similar manera a los inversionistas nacionales como a los extranjeros, o dependiendo de la naturaleza afectarían sólo a la inversión internacional.

Dentro de los riesgos políticos se podrían considerar modificaciones de la normativa jurídica, cambios en las tasas fiscales, las expropiaciones, conflictos a nivel diplomático, la política sobre determinada industria que afecte la rentabilidad y por ende el pago de dividendos, entre otros.

Los cambios en la forma de gobierno representa uno de los principales riesgos políticos, por ejemplo que un Estado pase de un sistema de gobierno democrático a uno dictatorial o autocrático, en el cual no se respete el Estado de

Derecho, o no haya separación de poderes, pudiendo resultar nugatorio el respeto a los derechos de los inversionistas internacionales.

De acuerdo a numerosos analistas políticos, en Venezuela aún cuando existe en las formas un gobierno democrático en la práctica el Estado no se desenvolvería de esa forma, ya que no existe una estricta separación de poderes. En declaraciones de la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y representantes de los otros Poderes han manifestado que, “la separación de poderes es un instrumento burgués, que debilita el Estado”. Lo que representa un riesgo para toda la sociedad, y en particular, desde este enfoque, para la inversión extranjera.

Otra forma de riesgo político para las inversiones extranjeras lo representa el cambio de políticas del país receptor de la inversión, reflejado en las normativas que limitan y restringen las actividades de las empresas foráneas. Esto en buena medida puede derivarse de la fuerte influencia ideológica que desarrollan algunos gobiernos en la cual se considera al inversionista extranjero que no comulgue con su ideología política, como explotador, imperialista y otros epítetos, con los cuales se descalifica y se somete al escarnio público.

En Venezuela aun cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la diversidad política, el gobierno actual ha pretendido imponer la ideología política del socialismo, el cual denominan socialismo del siglo XXI o bolivariano, ideología altamente influenciada por el gobierno comunista de Cuba, y de países como Irán o China.

Este intento de imponer esa ideología ha adquirido incluso rango legal, y así se observa en el Plan (Socialista) de la Nación, y en las leyes relativas al Estado Comunal donde en todas ellas se consagra la implantación del socialismo como única ideología política. En este escenario resulta de un gran riesgo político para el inversionista extranjero, ya que en naciones dominadas por ese tipo de socialismo la restricción o limitación a la inversión foránea es muy elevada, en contraste con sistemas democráticos y economías abiertas donde existe protección y fomento a aquella. Esta situación, entre otras cosas, explica la disminución de la inversión extranjera en Venezuela en los últimos años.

Otro riesgo político importante para la inversión extranjera lo constituye el riesgo de expropiación. Este consiste en la posibilidad de que las instalaciones físicas de un inversionista internacional sean expropiadas en el país receptor de la inversión. O sea, privarle de la titularidad o propiedad de determinado bien, aun cuando debe mediar una indemnización.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 115:

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Si bien es cierto que la Carta Magna prevé la expropiación por causa de utilidad pública mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, en los últimos catorce años el gobierno en contravención a esa disposición venía en actos de hecho tomando bienes de particulares sin sentencia ni pago oportuno. Posteriormente en el año 2002 modificaron la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de tal forma que pudiesen “ocupar” los bienes y luego proceder a la expropiación, lo que en la mayoría de los casos significó ausencia de indemnización.

Lo anterior ha implicado no sólo disminución en la inversión extranjera directa, sino también que Venezuela para el mes de agosto de 2012 pasó a ser el país con más demandas activas en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como el CIADI, organismo del Banco Mundial. Ante esas perspectivas, Venezuela denunció el Tratado del CIADI el 24 de enero de 2012, manifestando críticas a los tratados Bilaterales de Inversión, que incluyen el arbitraje internacional como mecanismo para resolver controversias, así como, razones de soberanía.

Considerando que al menos la región de América Latina en los últimos cuarenta años la expropiación ha estado presente con cierta regularidad resulta importante para el inversionista internacional, el poder calcular el valor de la expropiación. Situación algo compleja considerando las características de cada proyecto y el ánimo de cada Estado arrogarse la propiedad a un bajo costo, sobre esto Rodner (1997), plantea:

...El problema fundamental que ocurre con las expropiaciones es que normalmente la indemnización por expropiación difiere sustancialmente a lo que sería el valor residual del proyecto. Esto sucede fundamentalmente porque la expropiación únicamente la puede realizar, bajo un sistema jurídico, el estado soberano. Normalmente el Estado soberano quiere obtener la propiedad de los activos de la inversión internacional al precio o costo más bajo posible. (p.791).

En este punto resulta importante considerar aquellas expropiaciones denominadas indirecta, que realiza el Estado al dictar medidas regulatorias que tienen el efecto de vaciar de utilidad o valor económico la inversión. Al respecto Torrealba (2008), considera: "...cuando un inversionista ha sido atraído por el Estado y al poco tiempo ve coartada su inversión por una actuación desproporcionada del Estado, puede llegar a ser considerada como expropiación indirecta". (p.103). Este tipo de expropiación igualmente debe ser analizada como un tipo de riesgo político.

Considerando algunos tipos de riesgos, su naturaleza y variables, el inversionista internacional se plantea la posibilidad de eliminarlos en su totalidad o en la medida más alta posible su ocurrencia, en este sentido, surgen los seguros sobre riesgos.

### **Seguros para Riesgos políticos**

Existe un órgano internacional que tiene como función primordial asegurar inversiones o proyectos de inversión extranjera directa, fundamentalmente en países de desarrollo o mercados emergentes, en caso de que se materialicen riesgos políticos como restricciones a la convertibilidad de la moneda,

expropiaciones, guerra, terrorismo, disturbios civiles, incumplimiento de contratos, entre otros.

El organismo mencionado es la Agencia Multilateral de Garantías sobre Inversiones, MIGA por sus siglas en inglés (Multilateral InvestmentsGuarentee Agency), organismo del Banco Mundial, que asegura las inversiones privadas en los países miembros. Buena parte de los países latinoamericanos están adheridos al MIGA, entre ellos se encuentran: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

De acuerdo a su página Web oficial ([www.miga.org](http://www.miga.org)), MIGA tendría las siguientes coberturas:

### **Inconvertibilidad de monedas y restricciones a las transferencias**

Protege contra las pérdidas derivadas de la incapacidad de un inversor para convertir legalmente en moneda local (capital, intereses, capital, ganancias, regalías y otras remesas) en moneda fuerte (dólar, euro o el yen) y / o la transferencia de divisas fuera del país de acogida en el esta situación resulta de una acción gubernamental u omisión. Depreciación de la moneda no está cubierto. En caso de siniestro, el MIGA paga la indemnización en la moneda fuerte en el contrato de garantía.

Considerando lo que ha sido en Venezuela en los últimos años, específicamente, los últimos diez años el control de cambios, se justificaría plenamente para un inversionista internacional proteger su proyecto bajo esta modalidad.

### **Expropiación**

Protege contra las pérdidas derivadas de ciertas acciones del gobierno que pueden reducir o eliminar la propiedad, el control, o tenga derechos sobre la inversión asegurada. Además de la nacionalización y confiscación, expropiación "progresiva" la expropiación de una serie de actos que, con el tiempo, tienen un efecto expropiatorio, también está cubierta. La cobertura está disponible en forma limitada para la expropiación parcial (por ejemplo, la confiscación de fondos o bienes tangibles).

Con base en lo analizado sobre este punto anteriormente se destaca la importancia de poder cubrir mediante seguro el riesgo de expropiación.

### **Guerra, terrorismo, disturbios civiles**

Protege contra la pérdida, el daño o la destrucción o desaparición de activos tangibles o interrupción del negocio total (el total incapacidad para llevar a cabo operaciones esenciales para la viabilidad financiera general de un proyecto) causadas por actos de motivación política de guerra o disturbios civiles en el país, incluyendo revolución, insurrección, golpes de Estado, sabotaje y terrorismo. Para las pérdidas de activos tangibles, el OMGI se paga la parte del inversionista en el menor de los costos de reposición y el costo de reparación de los bienes dañados o perdidos, o el valor en libros de dichos activos si están siendo reemplazados ni tampoco reparan. Por interrupción de negocio total que resulta de una guerra evento cubierto y disturbios civiles, la compensación se basa, en el caso de las inversiones de renta variable, el valor neto en libros de la inversión asegurada o, en el caso de los préstamos, la parte asegurada del principal y pago de intereses en mora. Esta cobertura abarca no sólo la violencia en el país de acogida dirigido contra un gobierno del país anfitrión, sino también en contra de gobiernos extranjeros o de inversiones extranjeras, incluyendo el gobierno del inversor o nacionalidad.

Dados los niveles de violencia generalizada e incluso la alta impunidad, destaca la relevancia de asegurar la inversión en capital e intereses no sólo en el país receptor de la inversión, sino también en el país domicilio del inversionista.

### **Incumplimiento de Contrato**

“Protege contra las pérdidas derivadas del incumplimiento del gobierno o rechazo de un contrato con el inversionista (por ejemplo, una concesión o un acuerdo de compra de energía). Incumplimiento del contrato de cobertura se puede extender a las obligaciones contractuales de las empresas estatales en determinadas circunstancias. En el caso de un supuesto incumplimiento o rechazo, el

inversionista debe recurrir al mecanismo de solución de controversias (por ejemplo, un procedimiento de arbitraje) que figura en el contrato subyacente. Si después de un período especificado de tiempo, el inversionista no ha sido capaz de obtener un premio debido a la interferencia del gobierno con el mecanismo de solución de controversias (denegación de recurso), o ha obtenido un premio, pero el inversionista no ha recibido el pago en virtud de la concesión ( falta de pago de un premio), MIGA pagaría una indemnización. Si se cumplen ciertas condiciones, el MIGA puede, a su discreción, efectuar un pago provisional en espera del resultado de la controversia y antes de la compensación por falta de pago de una indemnización pagada”.

### **Para honrar las obligaciones financieras soberanas**

Protege contra las pérdidas resultantes de la falta de un gobierno para hacer un pago a su vencimiento la obligación de pago incondicional garantía financiera o relacionada con una inversión elegible. No requiere que el inversionista obtenga un laudo arbitral. Esta cobertura se aplica en situaciones en las que la obligación de un soberano pago financiero es incondicional y no estará sujeta a las defensas. Compensación se basa en el principio asegurado pendiente y los intereses devengados y no pagados.

En el caso Venezolano este tipo de riesgo sería menos común por lo poco frecuente de este tipo de obligaciones, sin embargo, quedaría a criterio del inversionista considerar su protección de ser el caso.

Adicionalmente, MIGA tiene programas de asesoría a los países para fomentar las inversiones extranjeras, resolución de disputas, acceso a financiamiento, establecer salvaguardias sociales y ambientales, entre otros. Así mismo, existen a nivel de países desarrollados programas nacionales de seguro de inversión, existiendo en Japón, Estados Unidos, Alemania, Australia Canadá y Francia.

### **Indicadores de Riesgo**

Existen una infinidad de variables que tienen incidencia directa o indirecta sobre los riesgos y que permiten dependiendo de la metodología aplicable medir la probabilidad de ocurrencia del riesgo analizado. De allí la importancia para

evaluar determinado contexto resulta imprescindible conocer esos indicadores de riesgo.

Uno de los indicadores más conocidos y reconocidos del mundo es el Riesgo País, es un indicador de naturaleza básicamente económica, no compleja, pero internacionalmente utilizada, considera el rendimiento de los bonos de la Reserva Federal del Tesoro que emite el gobierno de los Estados Unidos, y compara éstos bonos a treinta años con la tasa que se le podría exigir al país donde se pretenda realizar la inversión.

El indicador riesgo país se fundamenta en que es prácticamente imposible que Estados Unidos (aun con sus problemas de déficit fiscal) entre en una fase de cesación de pagos, por lo cual no habría riesgos en sus bonos, la diferencia con la tasa del país analizado sería el componente de riesgo. El banco estadounidense especializado en inversiones J.P. Morgan es el que calcula el Índice de Bonos de Mercados Emergentes, EMBI por sus siglas en inglés (Emerging Markets Bonds Index), con base en los bonos de deuda externa de los distintos países. A medida que el índice de riesgo se incrementa el EMBI del respectivo país.

De acuerdo a Ecolink.com.ar (2012), el riesgo país es:

**...un índice que intenta medir el grado de riesgo que entraña un país para las inversiones extranjeras.** Los inversores, al momento de realizar sus elecciones de dónde y cómo invertir, buscan maximizar sus ganancias, pero además tienen en cuenta el riesgo, esto es, la probabilidad de que las ganancias sean menor que lo esperado o que existan pérdidas. En términos estadísticos, las ganancias se suelen medir usualmente por el rendimiento esperado, y el riesgo por la desviación estándar del rendimiento esperado. Debido a la gran cantidad de información disponible y al costo de obtenerla, a problemas de información imperfecta y asimetrías de información, y principalmente a que es imposible adivinar el futuro, es imposible saber con exactitud cuál es el rendimiento esperado y la desviación estándar de una inversión...**El riesgo país es la sobretasa que paga un país por sus bonos en relación a la tasa que paga el Tesoro de**

**Estados Unidos.** Es decir, es la diferencia que existe entre el rendimiento de un título público emitido por el gobierno nacional y un título de características similares emitido por el Tesoro de los Estados Unidos. El índice de riesgo país es en realidad un índice que **es calculado por distintas entidades financieras**, generalmente calificadoras internacionales de riesgo. Las más conocidas son Moody's, Standard & Poor's, y J.P. Morgan. También existen empresas que calculan el riesgo país, como Euromoney o Institutional Investor. Cada una de ellas tiene su propio método, pero usualmente llegan a similares resultados.

[.http://www.econlink.com.ar/definicion/riesgopais.shtml](http://www.econlink.com.ar/definicion/riesgopais.shtml)

Son diversos los elementos a considerar que coadyuvan en la construcción de indicadores y análisis de riesgos, entre ellos tenemos: deuda externa, niveles de inflación, grado de apertura económica, seguridad jurídica, acceso a crédito, acceso a mercado de capitales, estabilidad política, políticas de fomento a la inversión extranjera. Todo ello representa un reto para Venezuela con la finalidad de posicionarse como un mercado atractivo a la inversión extranjera, y mejorarla evaluación hasta ahora alcanzada.

El riesgo país en Venezuela de acuerdo a Tal Cual (2012), ...ha tenido una variación porcentual favorable, en los últimos doce meses, ubicándose al 06-09-2012 en 961 puntos en contraste a 1479, registrado un año atrás. A pesar de esta mejora significativa, este indicador sigue siendo el segundo más alto de la región, precedido por Argentina con 991 puntos. Esto significa que nuestro riesgo país es altamente costoso para la colocación de deudas con papeles y bonos de la República, donde Venezuela necesita pagar un cupón bastante alto en comparación a las principales economías de la región. Si bien es cierto que el riesgo país de Venezuela —el índice que mide la incertidumbre política y económica que es tomado como referencia por los inversionistas extranjeros— es el segundo más alto de la región, este muestra una disminución de 518 puntos con referencia a un año atrás, cuando se ubicaba en 1.479 puntos básicos.

Los datos referenciados reflejan la necesidad que tiene el país de seguir trabajando para poder disminuir los riesgos políticos-económicos, consolidar su aparato industrial, garantiza seguridad jurídica y atraer los escasos capitales que se movilizan a escala internacional, que permitan contribuir al desarrollo integral de la nación.

## **Capítulo IV**

### **Doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Arbitraje en Inversiones Extranjeras**

#### **Aspectos fundamentales**

Dentro de la variedad de criterios o aspectos posibles de analizar en la doctrina del TSJ en materia de arbitraje a inversiones extranjeras, se abordarán los siguientes:

- Evolución histórico-legal del arbitraje en Venezuela
- Relevancia de las inversiones extranjeras
- Rango constitucional del arbitraje y principio pro arbitraje
- Autonomía de la voluntad en el arbitraje
- Medidas cautelares en el arbitraje
- Laudos arbitrales
- Enfoque actual sobre los centros internacionales de arbitraje

#### **Evolución histórico-legal del arbitraje en Venezuela**

Uno de los principales aspectos a considerar en la tendencia de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en materia de arbitraje en inversiones extranjeras lo constituye la evolución histórico-legal del arbitraje en Venezuela, conjuntamente con el respectivo reconocimiento e interpretación legal y constitucional dado por TSJ al desarrollo de ese cuerpo normativo.

En este sentido, resulta importante considerar la amplia presencia del arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano desde el siglo XIX, esta institución se encuentra en las constituciones venezolanas a partir del año 1819, en la de 1830, 1857 y 1858, apareciendo nuevamente a nivel constitucional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, conjuntamente con otros medios alternativos de resolución de conflictos.

Ejemplo de lo anterior se tiene en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830 (24 de septiembre de 1830), en su Título 26. Disposiciones Generales, destaca lo siguiente:

Art. 190. Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver á él, con tal que se observen las formalidades legales: y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

Igualmente con presencia en los Códigos Civiles en Venezuela, se encuentra la figura del arbitraje en el Código de Procedimiento Judicial del 19 de mayo 1836; en el Código de Procedimiento Civil de 1873; del 4 de julio de 1916 y el CPC del 18 de septiembre de 1990, así como, en la Ley de Arbitraje Comercial vigente de fecha 7 de abril de 1998.

Así mismo, el arbitraje y las otras modalidades o mecanismos alternativos de resolución de conflictos hacen presencia en el ordenamiento jurídico nacional del siglo XX, y comienzos del siglo XXI, en paralelo con la constitución vigente. Algunos ejemplos se tienen en: la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada, entre otras.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de Justicia en diversas sentencias pero taxativamente en la sentencia de la Sala Constitucional 1541 del 18 de octubre de 2008 al señalar:

**Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos,** lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución), tales como el Código de Procedimiento Civil (1986) que prevé tanto la conciliación como el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo (1990), que regula el arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos colectivos; la Ley Sobre el Derecho de Autor (1993), se refiere al arbitraje institucional

ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1994), que prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre particulares y empresas de seguros; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), que establecía el arbitraje como mecanismo voluntario para la resolución de controversias que se susciten entre consumidores, usuarios y proveedores de servicios y **la Ley de Arbitraje Comercial (1998), que inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), traspuso en nuestro foro, los principios universales que apuntalan la operatividad del arbitraje en el ámbito comercial.** (negritas añadidas).

Esta amplitud legislativa se amplía a nivel internacional a través del acuerdo y ratificación por parte del Estado Venezolano de un número importante de acuerdos que establecen al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, así como, acuerdos bilaterales de Protección de Inversiones, que establecen compromisos arbitrales para efectos de resolución de controversias, igualmente reconocidos por el Tribunal Supremo de Justicia.

Así la Sala Constitucional estableció:

**En el contexto internacional, la República Bolivariana de Venezuela es parte de un número de acuerdos internacionales que promueven la resolución alternativa de controversias mediante el arbitraje. En este sentido, la República suscribió, aprobó y ratificó diversos Tratados, que la ubican entre los países promotores y afines con el arbitraje, convirtiéndola en lo que comúnmente se denomina “foro amigable”,** dentro de los cuales cabe destacar: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y

Nacionales de Otros Estados (Convenio de CIADI)-G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-; también forma parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá)-G.O. N° 33.170 del 22 de febrero de 1985-; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo)-G.O. N° 33.144 del 15 de enero de 1985- y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones -G.O. N° 4.634 Extraordinario, del 22 de septiembre de 1993. (Ibídem). (negritas añadidas).

En ese sentido, Venezuela ha suscrito un importante número de tratados bilaterales de protección de inversiones, en los cuales se incorporan mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, de forma de dirimir conflictos entre el Estado receptor de la inversión (Venezuela), y el nacional de otro Estado.

Es así, que ha suscrito acuerdos con: Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica y Luxemburgo, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Italia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Lituania, Países Bajos, Perú Portugal, Paraguay, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay y Vietnam.

Considerando la reconocida evolución histórica del arbitraje en Venezuela, y por consiguiente su presencia en el ordenamiento jurídico, resulta en principio contradictorio la posición del Estado venezolano al momento de plantear su defensa en determinados laudos arbitrales, cuando alega una supuesta hostilidad al arbitraje, quedando expuesto: "...que por circunstancias históricas particulares la República Bolivariana de Venezuela, al igual que otros países de América Latina, tradicionalmente no han favorecido el arbitraje", tal como se recoge en los alegatos esgrimidos en el Laudo Ciadi Brandes vs. Venezuela del 29 de julio de 2011. Manifestó ese panel arbitral que de esa afirmación no se puede deducir la consecuencia a la que llega Venezuela, en cuanto a que en el artículo 22 de la

LPPI, no otorga el consentimiento de esa Nación al arbitraje del CIADI. Agregó que existen otros argumentos válidos para mantener esa tesis.

### **Relevancia de las inversiones extranjeras**

La ratificación de los mencionados acuerdos y tratados bilaterales de inversión llevan consigo implícito la relevancia de las inversiones extranjeras para el desarrollo del país. El marco legal de la regulación de la inversión extranjera es amplio y en él se puede reflejar la importancia de la misma para el país, asíel Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones, conocido como el Decreto N.356 de fecha 03 de octubre de 1999 con rango, valor y fuerza de ley fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N. 5390 de fecha 22 de octubre de 1999, establece en su artículo 1 el objeto, el cual es:

...proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de 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.

Esta relevancia ha sido ratificada por la Sala Constitucional en líneas generales en su distinta jurisprudencia, y en forma taxativa en la sentencia antes mencionada al señalar:

**... la Sala no desconoce que las inversiones extranjeras directas pueden influir decididamente en el desarrollo económico de la República, en la medida en que promuevan efectivamente la transferencia de capitales, tecnologías, servicios, así como el acceso de la producción nacional a los mercados foráneos.** En esa relación del Estado con el capital extranjero se genera una vinculación de sistemas de Derecho Internacional Privado y Público, en el cual **el régimen del arbitraje internacional y las inversiones extranjeras es fundamental...**Mediante los denominados arbitrajes internacionales no solamente se resuelven por disputas originadas en

operaciones internacionales como aquellas relacionadas con el comercio exterior, la compraventa internacional de mercaderías, o a cuestiones vinculadas con la obtención de licencias, transferencias de tecnología, construcción, seguros, franquicias, transportes, prestación de servicios, bancos, financiamientos; sino incluso a materias relacionadas con inversiones extranjeras...**No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral,** que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al -ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales...**La relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores se encuentra regulada fundamentalmente por un conjunto de tratados de inversión bilaterales o multilaterales, con arreglo a los cuales las entidades foráneas que realicen inversiones en el territorio de otro Estado se aseguran protección,** especialmente en materias tales como el trato igual y no discriminatorio, aplicación material de las cláusulas de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, justa compensación en caso de expropiación, libre transferencia de rentas y la recurribilidad ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otras. (Ibídem). (negritas añadidas).

Aspectos todos que se desprenden del marco político y legal de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que regula de primera fuente a las inversiones foráneas, partiendo del régimen socioeconómico que en su artículo 299, señala:

El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia,

eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta.

Es así como del texto constitucional citado se deriva la existencia de un modelo de economía mixta donde participan convenientemente tanto el Estado como la iniciativa privada, garantizando el primero, uno de los principales pilares de un sistema democrático, como lo es la seguridad jurídica, imprescindible a los fines de promover la inversión extranjera.

Esta concepción liberal arraigada en la carta magna ilustra el equilibrio entre la fuerza y control del Estado y las reglas claras del libre mercado. Aspecto medular para fomentar la inversión extranjera. Sin embargo, causa al menos preocupación el modelo de desarrollo que impulsa el Ejecutivo Nacional, el cual denomina desarrollo endógeno, y que tiene como características que la propiedad sobre los medios de producción sea colectiva o estatal, con formas de trabajo asociado y no asalariado, centrada en el reparto igualitario del excedente, con un modo de vida centrado fundamentado en lo comunal, entre otras.

Ese modelo de desarrollo endógeno, más allá de probables visos de inconstitucionalidad, evidentemente, cuando menos, resulta pernicioso para fomentar la inversión extranjera. Si a lo anterior, se considera las declaraciones de los representantes de los poderes públicos en cuanto, a que es perjudicial para el Estado la separación de poderes, y lo que debe aplicar es la colaboración entre ellos, orientados por el Ejecutivo Nacional, resulta probable un cambio a mediano plazo en la orientación de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en los

términos antes expuestos que podría llegar a nefastas consecuencias para la economía y desarrollo del país. En ese sentido, se manifestó la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estela Morales, en el marco de la celebración del décimo aniversario de la aprobación de la Constitución en el año 2009, al señalar “No podemos seguir pensando en una división de poderes porque eso es un principio que debilita al Estado”.

### **Rango constitucional del arbitraje y principio pro arbitraje**

Lo referente a la evolución histórico-jurídica y la doctrina referida a las inversiones extranjeras permitirían sentar las bases para afirmar la aceptación del principio “pro arbitraje”, como otro aspecto fundamental en la construcción doctrinaria del TSJ sobre el arbitraje en las inversiones extranjeras, para abordar este punto se puede partir del reconocimiento del carácter constitucional del arbitraje, y el rol del sistema de justicia cuando decide o sentencia favoreciendo a este mecanismo de resolución de controversias.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 258 establece: “...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”, y en el artículo 253:

...El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, **los medios alternativos de justicia**, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N.198 del 2008, señaló:

**...La Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje.** Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está

sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias...Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos, y por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia...**En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje...**(negrillas añadidas).

Consideración que ratifica el criterio de la Sala Constitucional en sentencia N.186/01, cuando estableció:

...de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje –nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental....

El principio pro arbitraje implica que si el arbitraje resulta ser el mecanismo más eficaz para resolver una controversia, el sujeto titular de la respectiva circunstancia, tendrá el derecho de acceder a aquel, siempre cumpliendo con los requisitos exigidos para su validez. Así, la sentencia N.198/08, arriba mencionada señaló:

...los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios

alternativos..., lo que ...lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje....

Igualmente la Sala Constitucional relacionado con la promoción y tutela al arbitraje, en sentencia N.1541/08, estableció que:

...no sólo desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, sino que el Estado se ha insertado activamente en los procesos internacionales que han consentido la materialización de un sistema de justicia arbitral efectivo para resolver los conflictos que le son planteados y, precisamente, a tal proceso, no ha escapado el Poder Judicial venezolano...”, agregando: “...visto el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional....

Lo anterior implica el reconocimiento al carácter constitucional del arbitraje y, por tanto, al deber del operador judicial de decidir en favor de dicho medio, mediante la construcción del principio pro arbitraje. Sin embargo, a pesar de la consagración constitucional del arbitraje y su inclusión dentro del sistema de justicia en calidad de órganos auxiliares, existe el temor en parte de la doctrina nacional sobre la posibilidad de un control excesivo por parte de los tribunales nacionales sobre procedimientos y laudos arbitrales.

Al respecto, Guerrero-Rocca (2008), señala: “Aunque debemos destacar aquí la observación planteada por la doctrina patria más autorizada, en el sentido de que, si bien por una parte se reconoce como un derecho constitucional, al mismo tiempo, ello puede generar la ampliación del campo de control

contranatural y excesivo sobre el procedimiento arbitral y los laudos arbitrales, por parte de los tribunales nacionales; tal y como extraordinariamente ha sido tratado tanto por Hernández-Bretón, Eugenio...como por De Jesús O. Alfredo...”. (p.354).

El mismo autor, agrega que la Sala Constitucional ha emitido algunos fallos, aunque aislados lamentablemente han apuntado a las siguientes conclusiones:

- a) Se ha admitido al amparo constitucional como un mecanismo autónomo de control de las actuaciones y laudos arbitrales.
- b) Se han emitido medidas cautelares (en sede constitucional) dirigidas contra paneles arbitrales, ordenándoles su paralización.
- c) Se ha proclamado la posibilidad de revisión de decisiones de carácter internacional y, entre éstas, las emitidas por tribunales arbitrales constituidos por centros internacionales de arbitraje, cuando su “ejecución atente contra la constitución nacional o contra el orden público constitucional”.
- d) Se ha admitido –aun cuando implícitamente- que partes perdidosas en un procedimiento arbitral, posteriormente accionen contra la validez del compromiso arbitral y, para ello, de forma incidental –no directa- puedan hacer uso de medios constitucionales para prosperar su pretensión. (p.359).

Sobre el primer punto, relativo al amparo constitucional como mecanismo de control de actuaciones y laudos arbitrales, la Sala Constitucional en sentencia N. 1541/08 señaló:

...pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Esta posición ha sido reiterada por la Sala Constitucional desde hace años, así tenemos que la sentencia 827/01 señaló:

...las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución...

Criterio similar en los fallos 1981/01 y 2346/03, en sentencia 572/05 se pronunció:

...los apelantes sostuvieron que la decisión impugnada se excedió en su cautela constitucional, al declarar –a través de un procedimiento de amparo- la nulidad de la cláusula compromisoria presuntamente pactada por las partes y, por vía de consecuencia, declarar la nulidad de todas las actuaciones del procedimiento arbitral fundado en tal causa. Sobre este aspecto, **la Sala coincide con los apelantes en el sentido de que el amparo constituye un mecanismo especial de protección de los derechos constitucionalmente tutelados de las personas y, como tal, su finalidad es meramente restablecedora. Por ello, a través de esta clase de procedimientos no pueden ventilarse pretensiones de naturaleza anulatoria, como lo hiciera el a quo.** Debe acotarse que, si alguna de las partes pretende la nulidad de la referida cláusula compromisoria, es imperioso que acuda a los órganos de la jurisdicción ordinaria para demandarla... (negritas añadidas).

La sentencia 3610/05 señaló:

Sobre este particular la Juez **a quo**, expresó en el fallo recurrido que, en el presente caso, visto que la vía idónea para revisar la legalidad, constitucionalidad y regularidad de la medida cautelar

decretada no es la del amparo constitucional, ya que existe una vía ordinaria, que fue accionada, consideró que, la presente acción de amparo es inadmisibile de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Tal consideración, origina que esta Sala se vea en el deber de reiterar el criterio asumido en casos semejantes...

Sin embargo, de algunos fallos se puede colegir la posibilidad del recurso de amparo en estos casos, al respecto la sentencia 174/2006 manifiesta:

*También ha dicho esta Sala que los organismos arbitrales internacionales pueden dirimir los conflictos ‘que pertenecen o donde esté interesada la jurisdicción venezolana’, y en ejercicio de dicha jurisdicción, ‘imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución’, así como que, de no adaptarse a las normas y principios constitucionales los actos jurisdiccionales ejecutables en el país que produzcan los organismos de arbitraje internacional, ‘se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución....***En el caso bajo análisis se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de la Asociación Americana de Arbitraje en el caso de autos, puede ser objeto de amparo,** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (negritas añadidas).

En la sentencia 1206/12, restablece el criterio al indicar que:

Así las cosas, dado que los tribunales arbitrales han sido concebidos como tribunales de única instancia, ya que sus decisiones son inapelables de acuerdo a lo señalado por el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, se debe atender a lo establecido en el artículo 43

de la misma norma, **el cual establece a su vez que el único recurso previsto en materia de arbitraje es el recurso de nulidad del laudo arbitral, el cual debe interponerse ante “(...) el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado (...)”, es decir, aquél a quien hubiere correspondido conocer del conflicto en segunda instancia, si las partes no hubieren elegido el arbitraje.** Por tanto, se debe precisar cuál es el tribunal de primera instancia que conocería del litigio, para después determinar cuál es su alzada. (negritas añadidas).

Lo anterior, implica críticas importantes al Tribunal Supremo de Justicia, en particular, a la Sala Constitucional, por los yerros que a juicio de buena parte de la doctrina, incurrió el máximo intérprete de la Constitución, en aspectos relativos al arbitraje, algunos se abordarán más adelante.

#### **Autonomía de la voluntad en el arbitraje**

Uno de los aspectos más polémicos en los últimos años en el foro jurídico venezolano relativo al arbitraje en inversiones extranjeras lo representa la interpretación sobre el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, referido a determinar si en el artículo mencionado se encuentra inmersa una oferta unilateral del Estado venezolano de someterse a la Jurisdicción del CIADI. Polémicas dirimidas en el ámbito interno por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, e internacionalmente en algunos laudos arbitrales.

La Ley de Arbitraje Comercial (la cual fue inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI-), en su artículo 5 establece que el acuerdo de arbitraje:

...es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual...las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de los árbitros....

Tomando como base la mencionada definición puede afirmarse que para concretarse un acuerdo de arbitraje es necesario la manifestación de la voluntad de las partes, la cual, como coincide buena parte de la doctrina, debe ser libre, inequívoca y expresa, de tal forma que no quede duda sobre el sometimiento de las partes al acuerdo de arbitraje.

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N.198/08, señaló que el arbitraje como medio de resolución de conflicto:

...descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje....

Es el caso, que el Estado venezolano tiene la posibilidad constitucional y legal para soberanamente dar su consentimiento para someter controversias con los inversionistas extranjeros al arbitraje previa valoración de conveniencia, y de los intereses del país, así como, el cumplimiento de los requisitos exigidos, entre ellos la expresa manifestación de voluntad. Así lo plasmó igualmente la Sala Constitucional en sentencia 1541/08:

Así, en el marco de la **autonomía de la voluntad y del principio de soberanía** de los Estados es común que se prevea la facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional. **Siendo una opción de cada Estado determinar las materias incluidas o excluidas del correspondiente tratado y los medios o modalidades para la tutela de los derechos de los inversores**, lo cual posibilita que se permita al inversor acudir directamente al arbitraje internacional -modalidad conocida como "*fork in the road*"-, o en cambio establecer la obligación de someter en primer lugar la controversia a los tribunales

nacionales y sólo considerar abierta la vía del arbitraje internacional, ante la omisión de pronunciamiento u otras circunstancias.

Visto lo anterior, resulta oportuno exponer la redacción del artículo 22 comentado inicialmente, el cual establece:

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.

Considerando las modalidades de acuerdo a la doctrina, el Estado puede expresar la manifestación de voluntad, bien sea, a través de contratos que incorporen la cláusula de arbitraje, o tratados bilaterales o multilaterales de inversión, o mediante ley nacional, podría en principio afirmarse que del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, se desprende una oferta abierta o unilateral de voluntad del Estado de someterse al arbitraje.

Al respecto, Torrealba (2008), señala:

La redacción del artículo no es del todo clara, de hecho podrían existir dos interpretaciones válidas. La primera podría ser referente a la posibilidad de que este artículo no contenga una oferta de arbitraje pues establece que las controversias serán sometidas al arbitraje internacional...en los términos del respectivo tratado o acuerdo...En el caso del CIADI, uno de los requisitos para que este tenga jurisdicción sobre la controversia es el consentimiento expreso del Estado y es posible sostener que el artículo 22 no contiene tal consentimiento pues no lo manifiesta de forma clara. La otra

interpretación podría sostener que al expresar que las controversias “...serán sometidas al arbitraje internacional...”, el Estado ha manifestado su intención de someterse al arbitraje que sea correspondiente según el tratado aplicable (p.125).

Coincidiendo con tratadistas como Brewer Carías, el autor mencionado agrega: “...Desde nuestro punto de vista, no existe duda alguna sobre la existencia de una oferta de arbitraje internacional en el artículo comentado”. Sin embargo, distinta ha sido la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, y de las decisiones de algunos laudos arbitrales.

Es el caso, que la Sala Constitucional del TSJ en sentencia 198/08, manifestó que de acuerdo al ordenamiento jurídico patrio el consentimiento del Estado en el arbitraje, debe ser inequívoco y expreso, siendo necesario que “...el consentimiento deba ser informado para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía”.

La misma Sala en la sentencia 1541/2008, conocida como la sentencia líder en materia de arbitraje ratifica su interpretación:

**Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular.** Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de resolución de conflictos, sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso. (negritas añadidas).

Para fundamentar su posición, la sentencia referida, así como, algunas decisiones correspondientes al CIADI, basan su argumentación en el Tratadista

Schreuer, quien en líneas generales señala que aunque los Estados pueden consentir en lo referente a arbitraje mediante referencias generales en su legislación, debe existir un consentimiento aparte, a menos que aquella sea inequívoca. La sentencia en cuestión señaló:

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente SCHREUER al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, **no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística**, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas -como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual-, **o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley -como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje-**.... (negrillas añadidas).

Si bien queda claro el criterio esgrimido, podría extraerse la excepción, en cuanto a que si la oferta de arbitraje establecida en la ley es inequívoca y “su contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual”, sería perfectamente válida la oferta unilateral. En este punto, cabría preguntarse si la excepción sería aplicable al artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones.

La respuesta sería negativa si se asume el criterio establecido en el Laudo Ciadi, Brandis vs. Venezuela de fecha 29 de julio de 2011, en el cual se manifiesta que:

El tribunal ha valorado con gran detenimiento las interpretaciones escritas y orales de las Partes referente al contenido del citado artículo 22 y lo dicho al respecto por sus expertos. Su **conclusión es que la redacción del artículo 22 de la LPPI es confusa e imprecisa y que no es posible, a partir de una interpretación gramatical, afirmar que en él está contenido el consentimiento** de la República Bolivariana de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. (negrillas añadidas).

Posteriormente analiza el entorno del artículo 22, las circunstancias en las que entró en vigencia la ley, y sus fines respectivos, para concluir que en aquel no está presente el consentimiento de la República a la jurisdicción del CIADI. Similar análisis se esbozan en los laudos Ciadi de jurisdicción *Cemex vs. Venezuela* de fecha 30 de diciembre de 2010, y *Mobil vs. Venezuela* de fecha 10 de junio de 2010.

Con relación a lo confuso, impreciso o ambiguo, la Sala Constitucional señala que la correcta interpretación a fin de determinar el alcance y existencia de la manifestación de la voluntad se subsume en el principio “indubiumitus”, que toma del laudo *CiadiSgs vs. Pakistán* de fecha 16 de agosto de 2003, que señala: “Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes...”.

En consideraciones finales, la Sala Constitucional en la referida sentencia líder señaló que desde el: “... punto de vista internacional, asumir que el Estado Venezolano mediante la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras, **derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión...**”, así como:

**...llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y**

Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mitius*. (negrillas añadidas).

Sin duda, criterios que aún siguen generando discusiones en las más altas esferas jurídicas, académicas, comerciales y productivas, ya que no pocos consideran esas interpretaciones como obstáculos en la promoción y protección de las inversiones extranjeras.

### **Medidas cautelares en el arbitraje**

Sobre las medidas cautelares relativas al arbitraje existe consenso internacional en cuanto a la validez de la solicitud que hagan las partes, de obtener protección cautelar, antes de constituirse y formalizarse el panel arbitral, y que estas puedan ser ampliadas, revocadas o modificadas por ese panel, con el debido respaldo del Poder Judicial para su ejecución.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N.572/05, señaló el deber que tienen los paneles arbitrales de solicitar la participación del Poder Judicial para la ejecución de sus laudos, bien sean cautelares o ejecutivos. Sobre esta decisión, Guerrero-Roca (2008), manifestó:

...consideramos que se perdió una importantísima ocasión para disipar y resolver la laguna legal (en nuestro foro venezolano) en que incurrió LAC, cuando no reprodujo en contenido del artículo 9 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI-, que claramente permite la petición de tutela judicial cautelar (ante la jurisdicción ordinaria), previo que sea constituido el panel arbitral conforme a lo preceptuado por el compromiso arbitral, y sin que ello signifique una conducta procesal equívoca o contraria a la voluntad de someter la diferencia a un procedimiento arbitral. (p.362).

Con el debido respeto al autor mencionado, consideramos que la Ley de Arbitraje Comercial correctamente interpretado no debería prestarse a lagunas legales, así el artículo 28, señala:

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera

Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

Sin embargo, se entiende su inquietud al analizar ciertos fallos de los jueces de instancia, en ese sentido señaló:

En efecto, dicha ocasión hubiese servido para disipar la errónea interpretación que –aisladamente-, y por desconocimiento de la institución –algunos de nuestros jueces de instancia han venido formulando sobre esta situación; al punto de concebirla (a la solicitud de protección cautelar previa al arbitraje) como una “renuncia tácita” al compromiso arbitral. (p.362).

El criterio emitido por la Sala Constitucional en la sentencia antes referida fue ratificado por la sentencia N.1541/08, al establecer:

...la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros .

Reiterando esos argumentos en sentencia N.1067/2010, al señalar:

Así, como ejemplos de la **necesaria asistencia entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales**, puede destacarse que al reconocerse los poderes cautelares de los árbitros, en la medida que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, esté plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; y dado que su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, es imperativo que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros...

Igualmente, se **ha recalcado en la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado**, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (*ex* artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a

ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

Corolario de todo lo anterior, es que **el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-...(negrillas añadidas).**

Los criterios esgrimidos deberían ser suficientes para evitar las interpretaciones erróneas mencionadas, las cuales pudiesen convertirse en obstáculos al normal desarrollo del arbitraje en las inversiones extranjeras.

### **Laudos arbitrales**

En este aspecto destaca lo referente a la situación referente a la nulidad, reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en Venezuela. En este sentido, resaltan las decisiones N.3610/05 y la N.174/06, ambas criticadas por la doctrina por su “control de la constitucionalidad de los laudos”, la cual se manifiesta en mecanismos que orientan al conocimiento de la jurisdicción constitucional.

Es así, que autores como De Jesús O. citado por Guerrero-Roca (2008), identifica los tópicos de ese control de la constitucionalidad, al efecto los establece como:

“i) la inadecuada creencia que los árbitros están “llamados” a garantizar la integridad de la constitución; ii) a la pretendida convicción que los árbitros ejercen “jurisdicción venezolana”; y iii) que los laudos arbitrales pueden ser objetos de control constitucional, a través de una acción autónoma de amparo, aunque su ejecución tenga lugar en el país”. (p.380).

Manifiesta igualmente que parte de la correcta interpretación se encuentran en los votos salvados de las sentencias mencionadas al señalar entre otros: la distinción entre nulidad, reconocimiento y oposición de un laudo; la negativa de la

acción de amparo constitucional como mecanismo para intentar dejar sin efectos jurídicos a un laudo arbitral; no es el recurso de nulidad un recurso ordinario de alzada; la ejecución, reconocimiento y oposición deben desarrollarse a reglas procedimentales del país donde se vaya a proceder a la ejecución o reconocimiento, así como, a las convenciones y tratados válidamente suscritos. Criterios que forman parte de la orientación actual de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en atención a la sentencia N.1067/10.

### **Enfoque actual sobre los centros internacionales de arbitraje**

Un aspecto que ilustra mucho sobre la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al arbitraje en las inversiones extranjeras y su consiguiente evolución, está relacionado con el enfoque o posición actual del máximo tribunal en cuanto a los centros internacionales de arbitraje. Podría manifestarse que existe una posición sesgada en contra de los centros internacionales de arbitraje al presuponer su parcialidad hacia las corporaciones transnacionales, lo que se constituye, según esa posición, en instrumentos de dominación.

Así se establece en la sentencia denominada líder del arbitraje en Venezuela, la sentencia N.1541/08, la cual luego de explicar la necesidad del arbitraje, procede a plantear una visión negativa, que se considera punto de partida del enfoque del TSJ. En ese sentido, señaló:

No obstante, si bien es innegable que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales, plantea asumir el tema de la resolución de conflictos resultantes de esa vinculación, fundamentalmente en el ámbito económico y sobre todo en el área de los negocios internacionales; no escapa tampoco al análisis de esta Sala, 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, por lo 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...** (negrillas añadidas).

Estos argumentos se han manifestado en varios foros, probablemente el más relevante fue con ocasión de la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), en la cual, la delegación venezolana propuso la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje.

Una de las justificaciones del mencionado centro, que se exponen, tiene relación con lograr la integración suramericana con un proceso innovador, y que “responda a las características propias de la región”, en ese sentido, Morales (2008), expresa: “Ciertamente, un centro de conciliación, mediación y arbitraje al servicio de los miembros de Unasur, eliminaría la dependencia y exposición de nuestros Estados a organismos judiciales internacionales que desconocen las características, intereses y valores de la nación suramericana...”. (p.29).

El mencionado centro se presenta como la “instancia confiable para la resolución de controversias”, entre los Estados y nacionales de los miembros de Unasur o cualquier otro país. Por otra parte, se agrega que los árbitros de este centro al ser nacionales o residente de Unasur, permitirían garantizar el conocimiento debido de las características y necesidades de la región, así como, la efectiva solución al conflicto. Así, se establece:

...la lista de árbitros, conciliadores y mediadores estaría integrada por nacionales o residentes de países miembros de Unasur, lo que garantizaría el conocimiento de las necesidades, características e idiosincrasia de la región, y al menos desde el punto de vista conceptual, permitiría soluciones adecuadas y efectivas a la resolución de los conflictos, ya que no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad del operador de justicia (arbitro), de actuar con pleno conocimiento de la realidad social, una amplia facultad de elección en materia de hermenéutica jurídica.... (p.30). (Ibídem).

Evidentemente, no soportaría el menor análisis, que el ser nacional o residente de la región, no representa garantía de efectiva solución en la resolución de un conflicto, pero en ese sentido, se expresa. Lamentablemente estos argumentos forman parte de una concepción política prejuiciada y basada en conceptos ya superados por la cultura político-económica del mundo occidental. Se marcha hacia el desconocimiento de los centros internacionales de arbitraje basados en su supuesta parcialidad y desconocimiento de la realidad e idiosincrasia de la región para la efectiva resolución de los conflictos, sin embargo, basados en el principio de universalidad, y en un acto de cierta arrogancia y prepotencia, se admite que vengan Estados y nacionales de otras latitudes a resolver sus controversias en el centro propuesto, lo que implicaría que los árbitros nacionales o residentes de Unasur, si conocerían las necesidades, características e idiosincrasia de otras partes del mundo, resolviendo eficazmente los conflictos. Se desconoce entre otras cosas, que los capitales en el mundo son escasos, originándose en buena parte en los países desarrollados, requiriendo para su debida protección de centros de arbitraje independientes, y que no respondan a “idiosincrasias regionales”.

Esa concepción podría explicar la denuncia del Tratado Ciadi por parte del Estado venezolano, argumentando entre otras cosas, “que los gobiernos suelen perder los arbitrajes frente a los reclamos de compañías trasnacionales”, sin embargo, de acuerdo a El Nacional (2011):

Un estudio hecho en 2009 por la abogada Susan Frank, de la Universidad de Harvard, determina que los gobiernos han ganado 57,7 % de los casos, mientras que el profesor José Gregorio Torrealba, de la cátedra de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, ha señalado que predominan los acuerdos conciliatorios entre Estados y Empresas. (p.5).

Sería sano esperar que en el corto plazo cambien estas concepciones y se adecuen al marco constitucional, legal y jurisprudencial existente en el país, y que representa un compromiso con la comunidad internacional que de buena fe ha

suscrito acuerdos y tratados con la República. Del respeto al Estado de Derecho depende en gran medida la democracia y la calidad de vida.

## **Capítulo V**

### **Conclusiones y Recomendaciones**

Desde un punto de vista filosófico, la dialéctica sobre el Derecho tiene una tradición milenaria. En este sentido, puede manifestarse que la reflexión sobre la existencia o necesidad de normar la conducta, ha estado presente como una constante en el pensamiento humano desde los albores mismos de la actividad intelectual del hombre. Aun cuando es altamente valorada la contribución griega y romana al conocimiento universal, no fue en esta etapa histórica cuando se establecieron las bases definitivas para un conocimiento científico del Derecho. Ello se le atribuye a Guglielmo en su obra *Speculum Juris* en el siglo XIII, el cual se tiene como el primer antecedente de una disciplina de iniciación a los estudios jurídicos. Ya establecida como ciencia, el Derecho, en una de sus principales acepciones, señala que es la recta ordenación de las relaciones sociales, mediante un sistema racional de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

Esta regulación de las relaciones sociales, de la realidad histórica, tiene actualmente plena vigencia al considerar que el mundo vive una de las épocas más significativas en su historia, caracterizada por grandes cambios y transformaciones en las áreas económicas, sociales y culturales, teniendo como basamento fundamental los importantes descubrimientos, avances e innovaciones científicas y tecnológicas. Todo esto, en un contexto nacional e internacional dominado por la globalización, lo que implica básicamente, la aplicación de las reformas necesarias por todos los países a fin de favorecer la apertura económica y la liberalización de los mercados.

Con la finalidad de reorientar el cambio estructural en la macroeconomía, especialmente en países subdesarrollados, la promoción y protección a las inversiones extranjeras se presenta como indispensable, ya que permite el crecimiento de la productividad, del comercio, de los flujos de inversión

internacional y del cambio tecnológico, necesarios para la creación de fuentes de trabajo y alcanzar niveles de competitividad.

El concepto de inversión tiende a la ambigüedad, por ello se determina ya sea por disposiciones legales o por acuerdos el alcance del concepto, como ocurre con la celebración de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones. En el caso venezolano, de acuerdo al Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones (1999), en su artículo 3, la inversión se define como:

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

Resulta importante destacar que en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, a los efectos de interpretar el concepto de inversión incluyen los derechos de propiedad intelectual, bienes muebles, préstamos, derechos contractuales, así como otros derechos.

Así mismo, sobre inversiones extranjeras la mencionada ley dispone en su artículo 3:

Inversión Internacional: La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión subregional, a

la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina.

3) Inversión Extranjera Directa, Inversión Subregional, Inversión de Capital Neutro e Inversión de una Empresa Multinacional Andina: Las definidas como tales en las Decisiones aprobadas por la Comunidad Andina de Naciones, y en su reglamentación en Venezuela.

4) Inversionista Internacional: El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle.

Organismos internacionales registran que en Venezuela ha venido disminuyendo drásticamente en promedio las inversiones extranjeras. Para 1998, las inversiones extranjeras en el país fueron de 4.985 millones de dólares y para el año 2007, llegó apenas a 400 millones de dólares, la cifra más baja en la región, de acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), cifra que difiere de la publicada por el Banco Central de Venezuela. En comparación para la última fecha mencionada, Colombia recibió más de 9.000 millones de dólares y Brasil 37.400 millones. Las expropiaciones, la falta de protección y la inseguridad jurídica explican principalmente esta situación.

De acuerdo con los reportes de Balanza de Pagos publicados por el Banco Central de Venezuela, la inversión extranjera directa en el país, en millones de dólares, se ha comportado de la siguiente manera: para el año 2000 de \$4.701, para el año 2001 de \$3.683, en el año 2002 de \$782, año 2003 de \$2.040, año 2004 de \$1.483, año 2005 de \$2.589, año 2006 de \$ -508, año 2007 de \$1.620, año 2008 de \$1.195, año 2009 de \$ -2.536, año 2010 de \$1.209 y año 2011 de \$5302.

Las cifras expuestas reflejan en promedio una muy baja inversión extranjera en el país, sobre todo al comparar esas cifras con países cercanos y de economías relativamente similares como Brasil y Colombia, lo que implica la necesidad de fomentar y proteger este tipo de iniciativas, siendo para ello fundamental la seguridad jurídica.

En líneas generales, podría afirmarse que existe en Venezuela un marco jurídico idóneo para el fomento, promoción y protección de las inversiones extranjeras, ello se desprende, del análisis constitucional en cuanto al régimen socioeconómico, políticas de integración comercial y principios del Estado de derecho, por otra parte, a nivel legal, podría llegarse a ratificar lo expuesto, si se analizan leyes como la referida al arbitraje comercial, y a la promoción y protección de inversiones. Aunado a los acuerdos internacionales válidamente suscritos por la República y los tratados bilaterales de inversión.

Sin embargo, es importante considerar las interpretaciones y la jurisprudencia del Poder Judicial específicamente del Tribunal Supremo de Justicia, así como, los riesgos que asumen los inversionistas extranjeros, con la finalidad de realizar un análisis más amplio y profundo de las inversiones extranjeras en Venezuela.

En ese sentido, son muchos los riesgos que asumen las inversiones extranjeras, riesgos políticos, económicos, sociales, jurídicos, entre otros. En la actualidad uno de los principales lo representa el riesgo político, Venezuela aun cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la diversidad política, el gobierno actual ha pretendido imponer la ideología política del socialismo, el cual denominan socialismo del siglo XXI o bolivariano, ideología altamente influenciada por el gobierno comunista de Cuba, y de países como Irán o China.

Este intento de imponer esa ideología ha adquirido incluso rango legal, y así se observa en el Plan (Socialista) de la Nación, y en las leyes relativas al Estado Comunal donde en todas ellas se consagra la implantación del socialismo como única ideología política. En este escenario resulta de un gran riesgo político para el inversionista extranjero, ya que en naciones dominadas por ese tipo de socialismo la restricción o limitación a la inversión foránea es muy elevada, en contraste con sistemas democráticos y economías abiertas donde existe protección y fomento a aquella. Esta situación, entre otras cosas, explica la disminución de la inversión extranjera en Venezuela en los últimos años.

Así mismo, como parte del riesgo político para la inversión extranjera se encuentra el riesgo de expropiación. Este consiste en la posibilidad de que las instalaciones físicas de un inversionista internacional sean expropiadas en el país receptor de la inversión. O sea, privarle de la titularidad o propiedad de determinado bien, aun cuando debe mediar una indemnización. Otros no menos importantes como la libre convertibilidad de la moneda impactan en los niveles de inversión extranjera, obligando a asumir el costo de seguros.

Estas circunstancias de riesgos abonan la posibilidad para que se materialicen probables situaciones de conflicto que deban dirimir órganos jurisdiccionales, o entes especializados determinados por las partes, como es el caso de los Tribunales de Arbitraje.

Sobre este último aspecto, La ley de Arbitraje Comercial señala en el artículo 5:

El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

De los aspectos analizados de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, en particular, su Sala Constitucional sobre arbitraje en inversiones extranjeras resalta lo siguiente:

Motivado a la reconocida evolución histórica del arbitraje en Venezuela, y por consiguiente su presencia en el ordenamiento jurídico, ratificación presente en la doctrina del TSJ, resulta en principio contradictorio la posición del Estado venezolano al momento de plantear su defensa en determinados procesos arbitrales, cuando alega una supuesta hostilidad al arbitraje, quedando expuesto: “...que por circunstancias históricas particulares la República Bolivariana de

Venezuela, al igual que otros países de América Latina, tradicionalmente no han favorecido el arbitraje”, tal como se recoge en los alegatos esgrimidos en el Laudo *CiadiBrandes vs. Venezuela* del 29 de julio de 2011, así como, en los laudos correspondientes a Exxon y Cemex.

Sobre la relevancia de las inversiones extranjeras el Tribunal Supremo de justicia ha argumentado que: “la Sala no desconoce que las inversiones extranjeras directas pueden influir decididamente en el desarrollo económico de la República, en la medida en que promuevan efectivamente la transferencia de capitales, tecnologías, servicios, así como el acceso de la producción nacional a los mercados foráneos”.

Ese argumento refleja una coincidencia de concepción entre los sectores académicos, doctrinarios, jurisprudenciales, legales y constitucionales. Esta concepción liberal arraigada en la carta magna ilustra el equilibrio entre la fuerza y control del Estado y las reglas claras del libre mercado. Aspecto medular para fomentar la inversión extranjera. Sin embargo, causa al menos preocupación el modelo de desarrollo que impulsa el Ejecutivo Nacional, el cual denomina de desarrollo endógeno, y que tiene como características que la propiedad sobre los medios de producción sea colectiva o estatal, con formas de trabajo asociado y no asalariado, centrada en el reparto igualitario del excedente, con un modo de vida centrado fundamentado en lo comunal, entre otras.

Ese modelo de desarrollo endógeno, más allá de probables visos de inconstitucionalidad, evidentemente, cuando menos, resulta pernicioso para fomentar la inversión extranjera. Si a lo anterior, se considera las declaraciones de los representantes de los poderes públicos en cuanto, a que es perjudicial para el Estado la separación de poderes, y lo que debe aplicar es la colaboración entre ellos, orientados por el Ejecutivo Nacional, resulta probable un cambio a mediano plazo en la orientación de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en los términos antes expuestos que podría llegar a nefastas consecuencias para la economía y desarrollo del país.

Aspecto importante estriba en el reconocimiento al carácter constitucional del arbitraje y, por tanto, al deber del operador judicial de decidir en favor de

dicho medio, mediante la construcción del principio pro arbitraje. Sin embargo, a pesar de la consagración constitucional del arbitraje y su inclusión dentro del sistema de justicia en calidad de órganos auxiliares, podría, en función de la nueva visión política de Estado, existir el temor en parte de la doctrina nacional sobre la posibilidad de un control excesivo por parte de los tribunales nacionales sobre procedimientos y laudos arbitrales.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, se acepta doctrinaria y jurisprudencialmente que el Estado puede expresar la manifestación de voluntad, bien sea, a través de contratos que incorporen la cláusula de arbitraje, o tratados bilaterales o multilaterales de inversión, o mediante ley nacional, por lo que podría en principio afirmarse que del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, se desprende una oferta abierta o unilateral de voluntad del Estado de someterse al arbitraje. Sin embargo, la Sala Constitucional entre otros alegatos considero que: “Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular”. Por lo que no habría una oferta unilateral en el mencionado artículo.

Sobre las críticas a la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a la autonomía, reconocimiento y nulidad de los laudos arbitrales se tienen: “la inadecuada creencia que los árbitros están “llamados” a garantizar la integridad de la constitución; ii) a la pretendida convicción que los árbitros ejercen “jurisdicción venezolana”; y iii) que los laudos arbitrales pueden ser objetos de control constitucional, a través de una acción autónoma de amparo, aunque su ejecución tenga lugar en el país”. Posición superada como se desprende del análisis jurisprudencial realizado.

Relacionado a la posición del Tribunal Supremo de Justicia sobre los centros internacionales de arbitraje podría manifestarse que existe una posición sesgada en su contra al presuponer parcialidad de los tribunales arbitrales hacia las corporaciones transnacionales, debido a que se constituyen, según esa posición, en instrumentos de dominación, los cuales desconocen las necesidades, características e idiosincrasia de la región. Así, entre otros argumentos se

desprende de la doctrina del TSJ y de la propuesta de un centro de conciliación, mediación y arbitraje para los países del Unasur.

Lamentablemente estos argumentos forman parte de una concepción política prejuiciada y basada en conceptos ya superados por la cultura político-económica del mundo occidental. Se marcha hacia el desconocimiento de los tribunales internacionales de arbitraje basados en su supuesta parcialidad y desconocimiento de la realidad e idiosincrasia de la región para la efectiva resolución de los conflictos, sin embargo, basados en el principio de universalidad, y en un acto de cierta arrogancia y prepotencia, se admite que vengan Estados y nacionales de otras latitudes a resolver sus controversias en el centro propuesto, lo que implicaría que los árbitros nacionales o residentes de Unasur, si conocerían las necesidades, características e idiosincrasia de otras partes del mundo, resolviendo eficazmente los conflictos. Se desconoce entre otras cosas, que los capitales en el mundo son limitados, originándose en buena parte en los países desarrollados, requiriendo para su debida protección de tribunales de arbitraje independientes, y que no respondan a “idiosincrasias regionales”.

## Referencias

- Alarcón, B. (2000). *La apertura económica y el régimen de la inversión extranjera en Venezuela*. Caracas:UCAB
- Alfonso, I. (1991). *Técnicas de investigación bibliográfica*. Caracas: Contexto.
- Anzola, E. y Zumbiehl, F. (2004). *Resolución de conflictos*. Caracas: Velea.
- Besga, T. (2012). *Ámbito internacional del comercio electrónico: ¿jurisdicción o arbitraje en el comercio electrónico?* [www.leydigital.com](http://www.leydigital.com). Recuperado: <http://www.euskalnet.net/oig/comercio/comer001.htm>
- Brewer Carias, A (2005) *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Serie Eventos 18). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Texto consultado en <http://allanbrewercarias.com>
- Cabanellas, G. (2003) *Diccionario de Derecho Usual*. Argentina: Heliasta.
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: AdHoc
- Castillo, M. (2004) *Orígenes del Arbitraje*. Perú. Cámara de Lima.
- Chillon, J. y Merino, J. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Código de Procedimiento Civil. (1986). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 3.694 (Extraordinario), Enero 22 de 1986.
- Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Mayo 24 de 2000.
- CIADI Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI. (2006). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington. Recuperado:[http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID\\_Home.jsp](http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp)
- Decreto 356, con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones (1999) *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.390 (Extraordinario), Octubre 22 de 1999.
- Escovar, R. (2005). *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y práctica*. Caracas: Comité Venezolano de Arbitraje.

- Feldstein, S. (2007). *Inversiones extranjeras y arbitraje: alternativas y desafíos para la República Argentina*. Revista Derecho. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Fernández, E. (2007). *Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras*. Bogotá. Legis
- García, G. (2009) Promoción y protección de inversiones extranjeras en Venezuela. Estándares Internacionales. Caracas. UCAB.
- García-Bolívar, O. (2008). *El arbitraje en el marco de la ley de Promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones*. Revista Derecho 26. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Guerrero-Rocca, A. (2008). *Breve resumen al tratamiento jurisprudencial de la Sala Constitucional venezolana sobre arbitraje*. Revista de Derecho 27. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.
- Halperin, I., Butty, E. (2000) *Curso de derecho comercial*. Buenos Aires: Depalma
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Herrera, F. (2010). *Administración del Riesgo*. Caracas. Universidad Nacional Abierta.
- Lapedra, R. (2008). *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia. Tirant Lo Branch.
- Ledo, A (2010). *Ciclo de Conferencias “El otro lado del arbitraje internacional de inversiones”*. Antecedentes y las fuentes del arbitraje internacional. Caracas: PDVSA La Estancia.
- Ley de Arbitraje Comercial. (1998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 36430, abril 7 de 1998.
- Maekelt, T. (2005) *Arbitraje comercial interno e internacional. reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas. Comité Venezolano de Arbitraje
- Mclaren, E. (2002) *“Effective use of international commercial arbitration: a primer for in-house counsel”*. Schmitthoff’s Export Trade, Tenth Edition; Journal of International Arbitration.
- Mezgravis, A. (2005). *Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI*. Caracas. Comité Venezolano de Arbitraje

- Morales, L. (2011). *Venezuela en el contexto del arbitraje*. Serie Normativa N.10. Caracas. Fundación Gaceta Forense. Tribunal Supremo de Justicia.
- Münch, L. y Ángeles, E. (1990). *Métodos y técnicas de investigación*. México: Trillas.
- Palma, M. (2004). *Arbitraje comercial y arbitraje laboral: Consideraciones sobre su naturaleza jurídica*. Trabajo Especial de Grado. UCAB. Caracas.
- Parra, J. (2010). *Ciclo de Conferencias “El otro lado del arbitraje internacional de inversiones”. Formulación de la Doctrina Drago y su influencia política jurídica*. Caracas: PDVSA La Estancia.
- Perdomo, R. (1988). *Metodología pragmática de investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas*. Mérida: Consejo de Publicaciones ULA.
- Real Academia Española. (2012). *Diccionario de la lengua española*.(22 ed.). Madrid: Autor
- Rangel, J. (2001). *Visión y revisión del contrato de seguro*. Caracas. Editorial Melvin. C.A.
- Rondón, H. (2010). *Ciclo de Conferencias “El otro lado del arbitraje internacional de inversiones”. El consentimiento del Estado para el arbitraje en el CIADI y la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela*. Caracas: PDVSA La Estancia.
- Rengel, A. (1999). *El Arbitraje en el Nuevo Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial*. Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Serie Eventos N° 13. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.
- Rodner, J. (1999). *Introducción al arbitraje institucional. Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Serie Eventos N° 13. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Rodner, J. (1993) *La inversión internacional en países en desarrollo*. Caracas: Arte
- Rodner, J. (1997) *Elementos de finanzas internacionales*. Caracas. Arte.
- Sabino, C. (1994). *Los Diferentes tipos de investigación*. Caracas: Panapo.
- Sánquiz, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas. UCAB

- Sansó, H. (2012). *Quieren hacernos una masacre en el ciadi. Arbitraje. Alerta sobre riesgos que afronta litigio.* (2012, 1 de agosto). El Nacional. E y N. p.5
- Sarmiento, C. (2005). *Ley de Arbitraje Comercial.* Caracas: Livrosca.
- Schereuer, C. (2006). *Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral.* Revista Internacional de Arbitraje. Bogotá: Legis.
- Torrealba, J. (2008). *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela.* Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.
- Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2010). *Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista.* Caracas: Autor.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL). (2003). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales (3ª. ed.).* Caracas: FEDUPEL.
- Urbina, E. (2007). *Análisis e investigación en derecho.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). *Sentencia N° 186: 14* de febrero de 2001.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). *Sentencia N° 827: 23* de mayo de 2001.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). *Sentencia N° 1981: 16* de octubre de 2001.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2003). *Sentencia N° 2346: 26* de agosto de 2003.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2005). *Sentencia N° 572: 22* de abril de 2005.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2005). *Sentencia N° 3610: 6* de diciembre de 2005.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2006). *Sentencia N° 174: 14* de febrero de 2006.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2007). *Sentencia N° 1121: 20* de junio de 2007

- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2008). *Sentencia* N° 198:  
28 de febrero de 2008
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2008). *Sentencia* N° 1541:  
18 de octubre de 2008.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2010). *Sentencia* N° 1067:  
3 de noviembre de 2010
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2012). *Sentencia* N° 1206:  
14 de agosto de 2012.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa (2006). *Sentencia* N°  
1111: 2 de mayo de 2006.
- Zambrano, F. (2002). *Comercio internacional y salvaguardias comerciales*  
.Caracas. Atenea