



Universidad Central de Venezuela

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Centro de Estudios de Postgrado

Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración

***Efectos de la denuncia venezolana del Convenio de Washington
sobre el arbitraje CIADI establecido en los Tratados Bilaterales de
Inversión***

**Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista
en Derecho Internacional Económico y de la Integración**

Autor: Carolina González Hernández

Tutor: Eugenio Hernández-Bretón

Caracas, Septiembre 2015

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, quiero dar gracias a Dios, sin quien nada se puede lograr.

A mi familia, por su confianza y apoyo, y especialmente, a mi esposo, por su apoyo y sacrificio en mis interminables horas de investigación.

A mis preciados amigos, por su invaluable apoyo en la labor de investigar, sin el cual hubiera sido inaccesible la mitad del conocimiento que pude plasmar en este trabajo.

A mi tutor, por su dedicación en revisar con detenimiento todos los detalles de este Trabajo.

A los profesores Juan C. Sainz y Francisco Nieves-Croes quienes sembraron en mí el amor por el Derecho Internacional. Al profesor Juancarlos Vargas, por generarme las inquietudes necesarias para realizar esta investigación. A los profesores Daniel E. Vielleville y Yaritza Pérez, por su generosidad con su tiempo y conocimiento.

Al personal de las bibliotecas de la Universidad de Miami y la Universidad de Berkeley, pequeños héroes anónimos que me permitieron ir más allá.

A todos, mil gracias.

*A mi país, Venezuela porque algún día se
convierta en el país que siempre soñé.
A mi querida UCV, como una pequeña retribución
de todo el saber que me regaló.*

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: El TBI y su cláusula de solución de controversias Estado-Inversor.....	5
a. Antecedentes de los Tratados Bilaterales de Inversión	5
b. La naturaleza de los TBI	9
c. La cláusula de solución de controversias Estado-Inversor como fuente de obligaciones del Estado.....	13
i. La concepción contractual: la Oferta es revocable	15
ii. Teoría de la Oferta firme.....	19
iii. Obligación internacional derivada de un acto unilateral.....	20
iv. Teoría contractual pero con oferta irrevocable	21
v. Posturas de otros autores.....	23
vi. Nuestra postura	25
d. Los TBI de Venezuela que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias.	26
TBI Alemania – Venezuela.....	27
TBI Argentina - Venezuela.....	28
TBI Barbados - Venezuela.....	30
TBI Belarús - Venezuela	31
TBI Unión Belgo/Luxemburguesa-Venezuela	32
TBI Bolivia-Venezuela.....	33
TBI Brasil-Venezuela	33
TBI Canadá-Venezuela.....	34
TBI Chile - Venezuela	36
TBI Cuba – Venezuela	39
TBI Dinamarca – Venezuela	39
TBI Ecuador - Venezuela.....	41
TBI España – Venezuela	42

TBI Francia – Venezuela.....	44
La cláusula de solución de controversias de este TBI resulta ser una de las más controversiales, siendo que contempla al CIADI como foro exclusivo de arbitraje para la solución de controversias:	44
TBI Irán - Venezuela	45
TBI Lituania – Venezuela	45
TBI Países Bajos – Venezuela.....	46
TBI Paraguay – Venezuela	48
TBI Perú – Venezuela	49
TBI Portugal – Venezuela	50
TBI Reino Unido – Venezuela.....	51
TBI República Checa – Venezuela	53
TBI Rusia – Venezuela	54
TBI Suecia – Venezuela.....	54
TBI Suiza – Venezuela.....	56
TBI Uruguay – Venezuela	57
TBI Vietnam – Venezuela	58
Conclusiones.....	59
CAPÍTULO II: La relación entre los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington y la cláusula de solución de controversias Estado-inversor del TBI	60
a. Relación histórica entre el Convenio de Washington y los TBI	60
b. Postura de los autores	63
i. El análisis de los artículos 71 y 72.....	63
ii. El artículo 72 entendido como consentimiento mutuo antes de la notificación de la denuncia	67
iii. El artículo 72 entendido como consentimiento mutuo después de la notificación de la denuncia	72
iv. El artículo 72 como protección de las obligaciones perfeccionadas por los Estados.....	74
v. El artículo 72 entendido como consentimiento unilateral.....	75

c. Postura del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)	83
d. Nuestra postura.....	89
CAPÍTULO III: Efectos de la denuncia del Convenio de Washington sobre los TBI vigentes de la República	94
a. Las denuncias inéditas del Convenio de Washington	94
i. Causas y consecuencias	95
ii. La denuncia venezolana	98
b. Efectos sobre la cláusula de solución de controversias	99
i. Las cláusulas condicionadas	100
ii. Las cláusulas incondicionales.....	101
iii. Las cláusulas que contemplan al CIADI como foro exclusivo	102
iv. Las cláusulas que contemplan múltiples mecanismos de solución de controversias	102
c. Efectos sobre los TBI venezolanos que contemplan al CIADI	103
d. Eventual aplicación de la cláusula de supervivencia del TBI	111
e. La nueva Ley de Inversiones Extranjeras	112
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES	115
a. Posibles escenarios para desvincularse del CIADI.	123
b. A modo de colofón	123
ABREVIATURAS	126
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	127
a. Bibliografía Nacional y Extranjera	127
b. Tratados Internacionales.....	132
c. Normativa interna venezolana.....	135
d. Jurisprudencia venezolana	135
e. Laudos arbitrales.....	136
f. Otros documentos	136
ANEXO A.....	137

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración**

**Efectos de la denuncia venezolana del Convenio de Washington sobre el
arbitraje CIADI establecido en los Tratados Bilaterales de Inversión**

Autora: Carolina I. González Hernández

Tutor: Eugenio Hernández-Bretón

Fecha: Septiembre 2015

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto determinar si las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor de los TBI suscritos por Venezuela, que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias, obligan al Estado venezolano a acudir al arbitraje CIADI, aún luego de la fecha efectiva de la denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela. Para ello se establecieron los siguientes objetivos específicos: a) Establecer la naturaleza de las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor de los TBI como fuente de obligaciones y derechos para el Estado; b) Determinar la relación jurídica existente entre las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor de los TBI y los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington y c) Establecer los efectos de la denuncia del Convenio de Washington sobre las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor de los TBI que contemplan al CIADI como mecanismo arbitral. La interrogante que pretende resolver esta investigación es: ¿Generan las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor de los TBI una obligación autónoma de arbitrar ante el CIADI para el Estado independientemente de la vigencia del Convenio CIADI?. La metodología empleada fue de carácter documental y explicativa, centrándonos en el análisis del material bibliográfico para resolver la interrogante planteada. La revisión de extensa bibliografía en la materia nos permitió generar las siguientes conclusiones: a) Determinar la naturaleza del TBI y de su cláusula de solución de controversias, así como verificar cada una de las cláusulas de los TBI vigentes para Venezuela; b) Los TBI son tratados independientes y autónomos del Convenio de Washington, en función de la interpretación del contenido de los Artículos 71 y 72 del Convenio; c) La validez de las cláusulas de solución de controversias viene dada en función de su redacción, que determina la vigencia del consentimiento contenido en ellas; d) La República aún se encuentra vinculada al arbitraje CIADI, según consta del análisis de cada una de las cláusulas de solución de controversias contenidas en los TBI vigentes, por lo cual con la denuncia Venezuela no logra desvincularse por completo del mecanismo CIADI; e) Existen escenarios para que Venezuela se desvincule del CIADI, mediante la ejecución de una serie de acciones planificadas y coordinadas entre los Poderes Públicos; f) Por último, el análisis de la vigencia de las cláusulas de solución de controversias será determinada en cada caso por el Tribunal arbitral respectivo.

Descriptores: Denuncia del Convenio de Washington, consentimiento al arbitraje CIADI, arbitraje de inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión, cláusulas de solución de controversia

INTRODUCCIÓN

El 18 de agosto de 1993 Venezuela suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocido como Convenio de Washington o Convenio CIADI, por tener como objetivo fundamental establecer el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Dicho tratado fue posteriormente, aprobado por el Congreso de la República de Venezuela en 1994, mediante Ley aprobatoria que fue dictada el 10 de agosto de 1994, entrando en pleno vigor el 01 de junio de 1995.

En ese momento, la aprobación del Convenio CIADI fue vista como un estímulo para la inversión extranjera en Venezuela, al dotar a los inversionistas de mecanismos idóneos para resolver sus diferencias con el Estado y constituyó una ratificación de lo ya planteado en otros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscritos, pudiendo el inversionista acceder al mecanismo arbitral más allá del mecanismo complementario.¹

Durante los años 90 en Venezuela se promovió la recepción de normas que fomentaran las inversiones en el país,² se suscribieron múltiples TBI, se promulgó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones,³ y la Constitución de 1999 le devolvió el rango constitucional al arbitraje.

Actualmente, el Convenio de Washington tiene 159 Estados miembros, estatus del que Venezuela ya no goza desde el día 24 de julio de 2012, fecha en que la denuncia presentada el día 24 de enero de 2012 surtió efectos de conformidad con el artículo 71 del Convenio de Washington.⁴

¹ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana N° 97, 2012, p. 75.

² *Ibid.*, p. 11.

³ Decreto N° 356 del 03 de octubre de 1999 con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390 de fecha 22 de octubre de 1999.

⁴ Artículo 71: Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Con la denuncia Venezuela buscó desvincularse de la jurisdicción del Centro, sin embargo, como la jurisdicción del CIADI no radica en la ratificación del Convenio de Washington, sino que existe todo un entramado normativo que sostiene la jurisdicción arbitral y vincula al país, el desvincularse resulta más complejo que notificar la mera denuncia del Convenio de Washington ante el Banco Mundial.

Adicionalmente, la decisión de denunciar el Convenio, orientada por motivos políticos, fue tomada sin considerar las circunstancias y sus consecuencias para el régimen de inversión de extranjera en el país: incrementó la incertidumbre jurídica, ocasionó una serie de procesos arbitrales ante el CIADI, y desde el punto de vista académico originó, al igual que la denuncia de Ecuador y Bolivia, una serie de estudios y análisis sobre las consecuencias jurídicas de la denuncia.

Más allá de los múltiples efectos de la denuncia de Venezuela al Convenio de Washington, esta investigación se refiere específicamente a los efectos sobre las cláusulas de solución de controversias de los TBI que la República mantiene vigentes y que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias, analizando la vigencia de los derechos y obligaciones que emanan de ellas.

El debate doctrinal se centra en: determinar cuáles derechos y obligaciones están protegidos luego de la denuncia por el artículo 72 del Convenio de Washington, la temporalidad de los efectos de la denuncia, y la vinculación entre el Convenio y los TBI, que afectará la vigencia de las cláusulas de solución de controversias.

En este sentido, en el Capítulo I procederemos a analizar la naturaleza de los TBI y de su cláusula de solución de controversias, explanando las diversas posturas doctrinales al respecto, para posteriormente, esbozar las cláusulas de cada uno de los TBI vigentes para Venezuela que contemplan al CIADI

como mecanismo de solución de controversias y que, en consecuencia, resultan relevantes para esta investigación.

Seguidamente, en el Capítulo II analizaremos la vinculación entre el Convenio de Washington y los TBI, más específicamente la naturaleza de los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington que regulan su denuncia, y la influencia de éstos sobre la vigencia de las cláusulas de solución de controversias de los tratados bilaterales, que a su vez viene determinada por la postura que tomemos frente a la naturaleza de la cláusula examinada en el Capítulo I, y a la interpretación que le demos a las disposiciones de los artículos 71 y 72 del Convenio.

Por último, en el Capítulo III analizaremos el panorama de la denuncia venezolana y detallaremos los efectos de la misma sobre cada uno de los TBI vigentes que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias, para determinar la vigencia de cada una de las cláusulas de solución de controversias y bajo cuáles supuestos resultan aplicables.

De esta forma, analizando la vigencia del mecanismo arbitral CIADI bajo la redacción de cada una de las cláusulas de los TBI vigentes de la República, determinaremos bajo cuales supuestos Venezuela sigue sometida al arbitraje CIADI.

Por otra parte, debemos considerar que en el análisis del problema de investigación existe un juego de intereses contrapuestos: la República mantiene intereses políticos en no seguir vinculada al Centro, mientras que el interés del inversor es completamente opuesto: continuar accediendo al mecanismo de solución de controversias.⁵ Sin embargo, al margen de dichos intereses nuestra labor consiste en determinar la protección existente bajo el ámbito del Convenio de Washington y de los TBI, todos interpretados a la luz

⁵ GONZÁLEZ, Laura: *Los Efectos Jurídicos de la denuncia del Convenio CIADI por parte de la República Bolivariana de Venezuela*. Trabajo de Grado, Especialización en Negocios Internacionales, Universidad Metropolitana, Caracas, 2014, p. 29.

de las normas del Derecho Internacional Público aplicables a la interpretación de los tratados.⁶

Esta investigación busca exponer los diferentes criterios doctrinales que han surgido con relación a los efectos de la denuncia del Convenio de Washington, enfocándose en las consecuencias sobre las cláusulas de solución de controversias de los TBI que contemplan al CIADI como mecanismo arbitral, destacando el papel determinante del contenido de dicha cláusula, para definir las posibilidades de acceso al arbitraje CIADI de los inversores actuales o potenciales, nacionales de aquellos Estados que mantienen TBI vigentes con la República Bolivariana de Venezuela.

⁶ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009, p. 99.

CAPITULO I

El TBI y su cláusula de solución de controversias Estado-Inversor

a. Antecedentes de los Tratados Bilaterales de Inversión

Inicialmente, la materia de inversión extranjera se regía por normas consuetudinarias, las cuales eran poco uniformes y en muchos casos diferían de un Estado a otro, especialmente, en lo relativo a las reglas o estándares mínimos de protección a la inversión.

Estas normas de práctica estatal, contenidas generalmente en tratados comerciales, exigían con frecuencia el agotamiento de las instancias nacionales para otorgar facultades al inversor de acudir ante su Estado nacional y solicitarle que actuara en contra del Estado receptor de la inversión, por vía de la protección diplomática.

Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX se fue formando un cuerpo doctrinario y jurisprudencial en torno a los estándares mínimos de trato a los extranjeros y al estándar de denegación de justicia⁷ que activaba la protección diplomática, estándares que estarían contenidos en las normas convenidas posteriormente.

Durante el siglo XX el incremento y la liberalización de los flujos de inversión, y las diferencias de enfoque de las normas consuetudinarias entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, fomentaron la creación de un régimen de normas sustantivas convenidas a través de tratados internacionales.⁸

Sin embargo, la celebración de tratados multilaterales en materia de inversiones que contemplaran normas sustantivas se vio obstaculizada por

⁷ MCLACHLAN, Campbell: "Investment Treaties and General International Law." *Investment Treaty Law: Current Issues III*. British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 110.

⁸ NEWCOMBE Andrew y PARADELL Lluís: *Law and Practice...* *op. cit.*, p. 41.

las divergencias entre Estados en materia de expropiaciones y sus respectivas indemnizaciones, marcadas por el interés contrapuesto de los Estados exportadores de capital de proteger a sus nacionales, y por otra parte, la tendencia de los Estados importadores de capital de incentivar las inversiones en sus territorios, pero considerando supuestos de expropiación en materia de recursos naturales; como resultado, los Estados empezaron a negociar bilateralmente el régimen de inversiones.

Durante la década de 1920 estuvieron presentes los Tratados de Amistad, Comercio y Relaciones Consulares de Estados Unidos, como tratados bilaterales de comercio que contemplaban protecciones a las inversiones extranjeras. Posteriormente, entre 1940 y 1960 los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación previeron cláusulas de solución de controversias entre Estados, en materia de inversiones ante la Corte Internacional de Justicia;⁹ y pusieron énfasis en la protección de los derechos de propiedad e intereses comerciales de los extranjeros.

Posteriormente, surgen los Tratados Bilaterales de Inversión, también conocidos por sus iniciales en inglés BIT (Bilateral Investment Treaty), los dos primeros TBI fueron firmados por Alemania con Pakistán y República Dominicana en el año de 1959.¹⁰

Los primeros TBI, desarrollados fundamentalmente por los países exportadores de capital, enfocaron su normativa en los estándares mínimos de protección, la compensación en caso de expropiación y la libertad de transferencia del capital. Siendo que estos tratados también reflejaban asimetrías económicas y políticas entre los países exportadores y los importadores de capital, la mayoría de los países en vías de desarrollo

⁹ Won- Mong Choi citado por GHOURI, Ahmad Ali: "The Evolution of Bilateral Investment Treaties, Investment Treaty Arbitration and International Investment Law". *International Arbitration Law Review*, Vol. 14, No. 6, 2011, p. 192. Consultado el 04 de mayo de 2013 en: <http://ssrn.com/abstract=1970561>.

¹⁰ Estos TBI se firman en un esfuerzo por parte de Alemania de atraer inversión después de la Segunda Guerra Mundial. VANDEVELDE, Kenneth J.: "A Brief History of International Investment Agreements". *U. C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12, N° 1, 2005, p.169. Consultado el 23 de mayo de 2015 en: <http://ssrn.com/abstract=1478757>.

demoraron la negociación y ratificación de los TBI hasta la década de 1980, cuando el déficit y los niveles de deuda pública les obligaron a fomentar la inversión extranjera como un mecanismo para atraer capital.¹¹

No fue sino hasta la década de 1990 cuando se reportó un crecimiento exponencial de los TBI ratificados, produciéndose inclusive negociaciones donde ambas partes eran países en vías de desarrollo.

Actualmente, según el último Informe de Inversiones anual publicado en 2014 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), los TBI cuantitativamente dominantes por su volumen: se contabilizaban en 3.240 para finales del 2013,¹² aún a pesar del cambio gradual hacia la negociación de tratados regionales que se viene presentando, y las controversias y sensibilidades políticas que rodean a los TBI.¹³

En materia de tratados de inversión para la UNCTAD, el 2013 fue un año de dicotomías, mientras un número de países en vías de desarrollo se desvinculan de dicho régimen de tratados, otros presentan una tendencia de incremento en la suscripción de éstos (con más países participando en rondas de negociación más rápidas), poniendo de manifiesto un dinamismo creciente y un abordaje más profundo y amplio de los asuntos, incluyendo nuevos aspectos en la agenda negociadora, como provisiones sobre el desarrollo sustentable.¹⁴

De igual forma la UNCTAD destaca el papel de los grandes acuerdos regionales, foco del debate para criticarlos o para apoyarlos, y en el marco de los cuales el área de inversión es un aspecto clave. Estos grandes acuerdos tiene fuertes implicaciones sistémicas en el régimen de los

¹¹ *Ibid.*, p. 43; p. 46.

¹² UNCTAD: *World Investment Report 2014*, Ginebra, 2014, p. xxiii. Consultado el 22 de marzo de 2015 en: http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf.

¹³ Así lo reseñó la UNCTAD en el año 2012. Ver UNCTAD: *World Investment Report 2012*, Ginebra, 2012, p. xx. Consultado el 14 de mayo de 2013 en: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>.

¹⁴ UNCTAD: *World Investment Report 2014*, *op. cit.*, p. xxiii.

Acuerdos de Inversión, ya que muchos de estos acuerdos solapan a su vez TBI vigentes, así por ejemplo, los seis acuerdos regionales más grandes solapan 140 tratados bilaterales existentes, aspecto a ser considerado con especial cuidado por los negociadores de estos acuerdos.¹⁵

Ahora bien, continuando con el régimen bilateral de inversión en el contexto de América Latina durante las décadas de 1960 y 1970, hubo muchas reticencias a la liberalización del mercado y a renunciar a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, enmarcados en la doctrina Calvo. Sin embargo, a partir de la década de 1980 los países latinoamericanos comenzaron a ratificar el Convenio de Washington, y diversos TBI, reconociendo los estándares mínimos de protección y la jurisdicción de organismos arbitrales fuera de su sistema nacional de justicia.

El cambio también se produjo en los sistemas de integración regionales, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) derogó la doctrina Calvo con su Decisión N° 220 de la Comisión de la CAN¹⁶. Igualmente, MERCOSUR¹⁷ previó protecciones similares a la de los TBI en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y se constituyó el Grupo de los Tres como tratado de libre comercio contemplando protecciones a las inversiones.

Sin embargo, tal como desarrollaremos a lo largo de esta investigación varios países de América Latina como Ecuador, Bolivia y Venezuela han replanteado su disposición de sujetarse a la jurisdicción de organismos arbitrales internacionales, focalizando estas decisiones en relación al CIADI.

En el caso particular de Venezuela, que actualmente es parte de veintiséis TBI,¹⁸ ha suscrito los últimos tratados formulando órganos de solución de

¹⁵ UNCTAD: *World Investment Report 2014*, op. cit., p. xxv.

¹⁶ Decisión N° 220 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, de fecha 11 de mayo de 1987 dictada en Lima, Perú.

¹⁷ Mercado Común del Sur.

¹⁸ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 37.

controversias alternativos al CIADI, como parte de una política deliberada de desvincularse del organismo que culminaría con la denuncia del Convenio de Washington en enero de 2012.

A partir del TBI firmado con la República de Belarús en 2007, la República dejó de plantear el arbitraje CIADI o el Mecanismo Complementario CIADI como órgano de solución de controversias, estableciendo en este tratado y en los sucesivos, suscritos con Federación Rusa y República Socialista de Vietnam, mecanismos de arbitraje alternativos como el arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, o el arbitraje *ad hoc* internacional previamente aceptado.¹⁹

b. La naturaleza de los TBI

Producto de la evolución histórica someramente esbozada, el régimen de la inversión extranjera se encuentra regulado fundamentalmente en Acuerdos Internacionales de Inversión²⁰ que engloban los acuerdos multilaterales, regionales, los acuerdos bilaterales comerciales con regulaciones de inversión y los acuerdos bilaterales de inversión. Todos estos tratados constituyen la fuente principal de derecho en el área de inversión extranjera y deben ser interpretados de conformidad con las normas del Derecho Internacional Público aplicables a la interpretación de los tratados.²¹

En este sentido, consideramos más apropiado referirnos las normas del Derecho Internacional Público aplicables a la interpretación de los tratados, que a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), siendo que Venezuela no es parte de la CVDT, y sus disposiciones sólo

¹⁹ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p.187; p.192; p.193.

²⁰ Algunos autores prefieren referirse a Acuerdos Internacionales de Inversión o International Investment Agreements (IIA) que les permite abarcan varios tipos de tratados que regulan el régimen de inversiones, como por ejemplo: Andrew Newcombe y Lluís Paradell.

²¹ NEWCOMBE Andrew y PARADELL Lluís: *Law and Practice...* op. cit., p. 99.

resultan aplicables a nuestro país en cuanto la disposición en comento constituya una norma consuetudinaria.

Los Tratados de Inversión, en palabras de Salacuse, son instrumentos de Derecho Internacional mediante los cuales los Estados acuerdan el régimen de tratamiento específico para las inversiones realizadas por los nacionales de otro Estado parte y establecen los mecanismos de solución de controversias a través de los cuales serán exigibles dichos compromisos recíprocos.²²

En este sentido, a pesar del surgimiento de acuerdos regionales o multilaterales, el régimen en materia de inversiones se ha construido principalmente de forma bilateral. Los TBI por su superioridad numérica son la fuente de derecho por excelencia en la materia,²³ se han convertido en la forma más habitual de someterse a la jurisdicción del CIADI,²⁴ y en base a ellos se ha ido constituyendo un régimen normativo de inversiones,²⁵ a través de la interpretación de la jurisprudencia arbitral.

Para muchos abogados esta proliferación de tratados es vista como un aspecto positivo, dada la precisión y mayor legitimación de los tratados como fuente de derecho, por lo cual significa también un progreso sobre la vaguedad de otras fuentes como la costumbre y los principios generales del derecho.²⁶

²² SALACUSE, Jeswald: *The three Laws of International Investment*. Oxford University Press. 2013, p. 364. SALACUSE, Jeswald: *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, 2010, p. 1.

²³ HIRSCH, Moshe: "Sources of International Investment Law." *International Law Forum*. The Hebrew University of Jerusalem. Research Paper, 2011, pp. 3-4. CREMADES, Bernardo: "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties". *Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns*, Alemania, 2001, p. 12.

²⁴ GARIBALDI, Oscar: "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy". *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford Scholarship Online, 2009, p. 268.

²⁵ SALACUSE, Jeswald: "The Law of Investment ... *op. cit.*", p. 5.

²⁶ ÁLVAREZ, José E: *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Hague Academy of International Law. La Haya, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2011, p. 228.

Estos Tratados Bilaterales de Inversión son acuerdos internacionales establecidos entre dos Estados, a través de los cuales convienen el régimen jurídico común aplicable recíprocamente en materia de inversiones.

En palabras de Susan Franck, son acuerdos entre dos Estados que buscan salvaguardar las inversiones, negocios o proyectos hechos por los inversionistas nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado.²⁷

La naturaleza de los TBI es fundamentalmente la de un tratado internacional entre dos Estados que consta en uno o más instrumentos, y cuyas obligaciones emanadas de éste quedan bajo el régimen del Derecho Internacional Público.²⁸

Para Roland Pettersson los TBI son actos de los Estados mediante los cuales establecen mecanismos de Derecho Internacional para salvaguardar las inversiones.²⁹

En este sentido, Bernardo Cremades los define como tratados que establecen el marco jurídico para el tratamiento del flujo de inversión entre dos Estados.³⁰

Siguiendo el análisis que aplica Anthony Aust³¹ a la definición de Tratado establecida en el artículo 2(1)(a) de la CVDT, observamos que un TBI es un acuerdo de carácter internacional celebrado por escrito entre dos Estados, que busca regular el flujo de inversión entre ellos, y generalmente establecido en un sólo instrumento, a través del cual dichos Estados buscan crear obligaciones jurídicas de forma recíproca en el marco del Derecho

²⁷ FRANCK, Susan: "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future". *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*. Vol. 12, No. 47, 2005, p. 52.

²⁸ QURESHI, Khawar: *Bilateral Investment Treaties (BITs): The Essentials*. McNair Chambers, 2007. Consultado el 19 de mayo de 2013 en: http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/InvestmentTreatyEssentials_.pdf

²⁹ PETERSSON STOLK, Roland: *La Salida de Venezuela del CIADI: Sus efectos jurídicos desde el punto de vista de la Inversión Extranjera*. Consultado el 11 de noviembre de 2014 en: <http://www.badellgrau.com/?pag=17&ct=1153>.

³⁰ CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David: "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados". *Arbitraje N° 2-2004. DeCITA: Derecho del comercio internacional temas y actualidades*. Buenos Aires: Zavalía, p. 232.

³¹ AUST, Anthony: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge. Cambridge University Press, 2002, p. 14-25.

Internacional, sin importar que su denominación sea: Acuerdo, Convenio o Tratado.

La voluntad de los Estados de generar obligaciones jurídicas mediante estos tratados se manifiesta en la exigibilidad de los dos tipos de cláusulas de solución de controversias previstas en dichos acuerdos, aquellas que buscan solventar controversias entre los Estados parte, y las que prevén los mecanismos arbitrales que vinculan a los Estados firmantes frente a controversias con el inversor extranjero.

Así, como expone Andrea Bjorklund, el arbitraje de inversiones involucra normas de Derecho Internacional Público y normas de carácter privado de arbitraje comercial internacional.³² Es por ello que difiere del arbitraje comercial ordinario.³³ Las reclamaciones basadas en los TBI reposan sobre obligaciones legales internacionales exigibles por los inversionistas contra los Estados.

Para McLachlan los TBI que son criaturas de Derecho Internacional que tienen un carácter híbrido entre lo público y lo privado, siendo que generan obligaciones en los Estados y otorgan derechos exigibles a los inversionistas.³⁴

El autor expone que ningún tratado puede existir desvinculado del Derecho Internacional general, sistema legal que rige los TBI, los cuales no pueden prescindir de este contexto, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones estatales que surgen bajo su ámbito.³⁵

Las normas de Derecho Internacional Público resultan aplicables al arbitraje de inversiones por remisión del artículo 42 del Convenio de Washington, éstas se determinan a través de la interpretación del TBI bajo la CVDT.³⁶

³² BJORKLUND, Andrea: "The Emerging Civilization of Investment Arbitration". Vol. 113 N° 4 *Penn State Law Review*, 2009, p. 1270.

³³ *Ibid.*, p. 1294.

³⁴ MCLACHLAN, Campbell: "Investment Treaties... *op. cit.*", p. 117.

³⁵ *Ibid.*, p. 114; p.117.

³⁶ *Ibid.*, p.145.

Con frecuencia las normas de Derecho Internacional Público vienen a llenar de contenido los conceptos y términos empleados en los TBI, reflejando y haciendo uso de la evolución y los avances del Derecho Internacional.

En este sentido, para el desarrollo de la presente investigación los TBI ostentan carácter de tratado internacional, analizados de conformidad con las normas del Derecho Internacional aplicables a la interpretación de los tratados.

c. La cláusula de solución de controversias Estado-Inversor como fuente de obligaciones del Estado

La cláusula de solución de controversias es parte integrante del TBI y contiene el consentimiento de los Estados de someterse a la jurisdicción de un órgano arbitral. En la presente investigación nos centraremos en el mecanismo de solución de controversias CIADI. Si bien se ha sostenido que el acuerdo arbitral es independiente del resto del tratado, no por ello debemos desvincular dicha cláusula de sus efectos sobre las obligaciones internacionales.

La cláusula de solución de controversias mediante la cual un Estado acepta la jurisdicción del CIADI no constituye una simple expresión de buena voluntad, sino por el contrario genera efectos legales, es un consentimiento de un Estado frente a otro que además satisface el requerimiento del artículo 25 de la expresión del consentimiento por escrito.³⁷

Así dicha cláusula establecida en el TBI es parte de los derechos y protecciones sustantivas del tratado,³⁸ y obliga al Estado al igual que el resto

³⁷ DUNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent contained in Bilateral Investment Treaties: A perspective from Latin American Cases". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 17, 2013, p. 263.

³⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?". *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 6, 2008, p. 211. Agustín Maffezini, Emilio contra El Reino de España (caso CIADI N° ARB/97/7) Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 20 de enero de 2000, párr. 55. Consultada el 02 de abril de 2015 en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_Sp&caseId=C163. Siemens A.G. contra La República Argentina (caso CIADI N° ARB/02/8) Decisión sobre jurisdicción del 03 de agosto de 2004, párr. 102. Consultada el 02 de abril de 2015 en:

de las cláusulas durante su vigencia, lo cual se extiende hasta su denuncia y el cumplimiento del lapso establecido en la cláusula de supervivencia.

En el análisis de la cláusula de solución de controversias Estado-Inversor resalta el aspecto de la voluntad del Estado expresada a priori y en ocasiones de forma imprecisa, que vincula al Estado según su redacción frente a los inversionistas de la contraparte.³⁹

De esta manera, algunos autores han calificado la voluntad expresada por el Estado como una mera oferta, un consentimiento incondicional, como una obligación internacional o un acto unilateral por parte del Estado.

La naturaleza que se le atribuye a la voluntad dada por el Estado depende del punto de vista utilizado en el análisis de la situación, bien sea una perspectiva desde la disciplina de lo público o de lo privado.

Tal y como señala Stephan Schill, el enfoque desde la perspectiva privada se realiza bajo el análisis del arbitraje comercial y el enfoque contractual, partiendo del principio de autonomía e igualdad de las partes que interactúan libremente en base a un contrato.

Mientras que desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, se tendrán en consideración aspectos de la soberanía del Estado y de la comunidad internacional, enfocando la controversia sometida a arbitraje en un contexto más amplio como obligación internacional del Estado.⁴⁰

Cada enfoque contribuye desde su punto de vista a solucionar los conflictos, y arroja distintas conclusiones.

En este capítulo expondremos como visualiza la doctrina el consentimiento del Estado contenido en la cláusula de solución de controversias Estado-

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC508_Sp&caseId=C7.

³⁹ BJORKLUND, Andrea: "The Emerging Civilization ... *op. cit.*, p. 1270.

⁴⁰ SCHILL, Stephan: "Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach". *Virginia Journal of International Law Association*. 2011, Vol. 52, N° 1, pp. 72- 73.

Inversor incluida en los TBI, para posteriormente avanzar en el análisis de la vinculación entre dicha cláusula del TBI y los artículos relativos a la denuncia del Convenio de Washington.

Tal y como menciona el autor venezolano Andrés Mezgravis,⁴¹ existen cuatro teorías sobre la naturaleza del consentimiento contenido en la cláusula de solución de controversias Estado-inversor:

- La perspectiva netamente contractual donde la oferta del Estado es revocable, sostenida por Christoph Schreuer;
- El consentimiento visto como una oferta firme, posición asumida por Emmanuel Gaillard;
- El consentimiento como una obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado, defendida por los autores Nolan y Sourgens; y,
- La perspectiva contractual del consentimiento del Estado, pero visto como una oferta irrevocable por generar legítimas expectativas, sustentada por el propio Mezgravis.

i. La concepción contractual: la Oferta es revocable

La concepción contractual cuyo máximo exponente es el profesor Christoph Schreuer, sostiene que la cláusula de solución de controversias del TBI constituye una oferta por parte de los Estados que debe ser aceptada por el inversionista para perfeccionar el consentimiento entre ambas partes, antes de lo cual dicha oferta es perfectamente revocable por parte del Estado.

Es por ello que para Scheurer la irrevocabilidad del consentimiento que surge de la regla de *pacta sunt servanda*, y está prevista en la última frase del

⁴¹ MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C. "Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked". *Transnational Dispute Management*. Vol. Provisional, 2012, p. 4.

artículo 25.1, sólo entra en vigencia cuando el consentimiento se ha perfeccionado, es decir, cuando la oferta ha sido aceptada por el inversor.⁴²

En este sentido, como la mera oferta de consentimiento puede ser retirada en cualquier momento, salvo que sea irrevocable en sus propios términos, el autor sugiere que los inversionistas acepten la oferta contenida en los tratados de forma anticipada para evitar el riesgo de que la oferta sea retirada y así garantizar su acceso al arbitraje,⁴³ esta aceptación debe ser hecha en los mismos términos y ámbitos que la oferta para que se perfeccione el consentimiento.⁴⁴

Scheurer reconoce la existencia de diferentes redacciones de la cláusula de solución de controversias, bien como promesas de consentimiento o acuerdo futuro, como expresiones por parte de los Estados contratantes de inclinación al arbitraje manifestando que considerarán dicho mecanismo de buena fe, o como verdaderas expresiones del consentimiento; en función de ello afirma que según la redacción se otorga o no al inversor un derecho inmediato a acceder al arbitraje CIADI, luego de perfeccionado el consentimiento.⁴⁵

Así, aquellas cláusulas de solución de controversias que contengan una oferta vinculante e inequívoca generarán en el inversionista un derecho inmediato al arbitraje luego de que dicha oferta haya sido aceptada y se haya perfeccionado el consentimiento.⁴⁶

Con relación a las cláusulas de solución de controversias contenidas en los TBI que contemplan al CIADI, en palabras del autor éstas presentan mayor dificultad para ser derogadas que el consentimiento contenido en una ley

⁴² SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge. Cambridge University Press. 2001, p. 219. SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention: A Commentary*, 2da Edición. Cambridge. Cambridge University Press, 2009, p. 213; p. 254.

⁴³ SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 219. SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 213; p. 255.

⁴⁴ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 230.

⁴⁵ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 206; p. 209. En ambas ediciones de su libro Schreuer analiza este particular.

⁴⁶ SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 212.

nacional, ya que cualquier acción pretendida por uno de los Estados parte para retirar su consentimiento puede ser interpretada como una violación del tratado.⁴⁷ Por lo cual, la cláusula de arbitraje de un TBI permanece válida a pesar de los intentos de un Estado parte por derogarla, salvo que exista una justificación para ponerle fin bajo el derecho de los tratados.⁴⁸

De igual forma Schreuer reconoce que las cláusulas de solución de controversias contenidas en los TBI varían en cuanto a su ámbito, pudiendo amparar únicamente las disputas que surjan de la violación de las disposiciones sustantivas del TBI, o pueden ser más amplias y también englobar la violación de cualquier contrato o permiso de inversión que involucre a una de las partes contratantes del TBI o a sus nacionales.⁴⁹

Con relación a la ley aplicable para la interpretación del consentimiento una vez perfeccionado, Schreuer expone que resultan aplicables el artículo 25 del Convenio y las reglas de interpretación del instrumento que contiene el consentimiento, así señala que cuando éste es producto de una cláusula contenida en un tratado cuya oferta ha sido aceptada, resulta obvio aplicar los principios de interpretación de los tratados.⁵⁰

En torno a la naturaleza de las cláusulas de solución de controversias a través de las cuales se perfecciona el consentimiento del Estado, Schreuer señala que tienen carácter internacional, y resalta que han sido interpretadas en la práctica por los tribunales arbitrales en función del Derecho Internacional o del derecho local, según el instrumento que las contiene, tomando también en consideración los principios generales de derecho contractual.⁵¹

⁴⁷ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention...* op. cit., p. 213.

⁴⁸ SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention...* op. cit., p. 219. SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention...* op. cit., p. 213.

⁴⁹ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention...* op. cit., p. 235; p. 236.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 249.

⁵¹ *Ibid.*, p. 250; p. 251.

Al momento de interpretar las cláusulas de solución de controversias los tribunales han estado renuentes a aceptar principios bajo los cuales se derogue la soberanía del Estado o se consolide el extremo opuesto y se han enfocado en proteger los intereses de ambas partes,⁵² es decir, han recurrido a una interpretación teleológica y acorde a los principios de buena fe.⁵³

En síntesis, para Schreuer la oferta del Estado contenida en la cláusula de solución de controversias no lo vincula al arbitraje, sino una vez que el inversor haya aceptado dicha oferta, perfeccionando de esta forma el consentimiento de ambas partes para someterse al arbitraje. En función de esta teoría la derogación de una cláusula que contemple el arbitraje o el retiro de la oferta previo a la aceptación, no genera en el Estado ninguna responsabilidad.

Por su parte, bajo la posición de Julien Fouret, la cláusula del TBI no puede contener consentimiento, siendo que para que haya consentimiento debe concurrir el consentimiento del inversor y éste no se encuentra contenido en la cláusula del TBI,⁵⁴ así bajo esta visión, la cláusula de solución de controversias representa una oferta y pretender considerarla como consentimiento representaría ir en contra del espíritu y propósito del Convenio CIADI, con lo cual se estaría creando una suerte de jurisdicción obligatoria de las inversiones ante el CIADI aún para aquellos Estados que hubieren decidido expresamente retirarse de dicho sistema, y los artículos 71 y 72 aplicables a la denuncia del Convenio perderían su utilidad.⁵⁵

Dentro de esta corriente podríamos insertar a la autora venezolana Hildegard Rondón de Sansó, que sostiene que la cláusula de los TBI contiene un “ofrecimiento de consentimiento a arbitraje unilateral de un país que debe ser

⁵² *Ibid.*, p. 25.

⁵³ *Ibid.*, p. 252.

⁵⁴ FOURET, Julien: “Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: Manufacturing Consent to ICSID Arbitration?” *Journal of International Arbitration* 2008, p. 83; p. 84.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 81; p. 87.

consumado por el inversor (presentando una solicitud de arbitraje) antes de que el país deje de ser miembro del CIADI.”⁵⁶

ii. Teoría de la Oferta firme

En palabras del profesor Emmanuel Gaillard, la naturaleza del consentimiento dado por un Estado mediante el TBI varía en función del lenguaje empleado en la redacción de la cláusula de solución de controversias, que determinará si estamos en presencia de un consentimiento incondicional o de un acuerdo para consentir.⁵⁷

Este consentimiento incondicional mencionado por Gaillard es analizado por los autores Nolan y Sourgens como equivalente a la figura contractual de derecho privado: *Firm Offer*,⁵⁸ la cual entendemos, estaría limitada a la vigencia del TBI.

Gaillard acepta en su artículo la perspectiva contractual del consentimiento para que exista jurisdicción de arbitrar por parte de los tribunales arbitrales CIADI, mediante cláusulas arbitrales, leyes nacionales o tratados bilaterales de inversión. Ahora bien, Gaillard vincula esta perspectiva con la redacción de tratado, en función de la cual estaremos en presencia de un consentimiento incondicional o de un acuerdo para consentir por parte del Estado.⁵⁹

El consentimiento del Estado expresado como un consentimiento incondicional, sobrevivirá y vinculará a éste al arbitraje aún después de la denuncia del Convenio de Washington.⁶⁰

⁵⁶ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Entorno a la denuncia de Venezuela del CIADI*. Caracas, 2012, p. 192.

⁵⁷ Traducción propia de los términos exactos utilizados por el profesor: “unqualified consent” y “agreement to consent”. Ver GAILLARD, Emmanuel: “The Denunciation of the ICSID Convention”, *New York Law Journal*. Vol. 237- N° 122, 2007, p. 3.

⁵⁸ Esta figura está contemplada en el *Uniform Commercial Code*, bajo dicha regulación la oferta dada no puede retirarse a discreción del oferente y se mantiene vigente por el período estipulado, o en su defecto por el lapso de tres meses.

⁵⁹ Concordamos con el análisis de los autores NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G. sobre las palabras del profesor Gaillard, señaladas en “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (possible) Venezuela Case Study”. *Transnational Dispute Management*, 2007, p. 22.

⁶⁰ GAILLARD, Emmanuel: “The Denunciation... *op. cit.*, p. 3.

Por lo tanto, para Gaillard los TBI que contengan un consentimiento incondicional por parte del Estado, no requieren de la aceptación por parte del inversor para que exista consentimiento al arbitraje CIADI.

iii. Obligación internacional derivada de un acto unilateral

En palabras de Nolan y Sourgens el consentimiento dado por un Estado en un TBI consiste en una obligación derivada de un acto unilateral del Estado.

Nolan y Sourgens rechazan la concepción contractual de la oferta y aceptación del consentimiento, sobre la cual se sustentó la redacción del Convenio en su momento, sugieren que al estar en presencia de un TBI y no de un acuerdo contractual debemos replantear este enfoque dado al consentimiento del Estado.

En este sentido, los autores exponen que todas las promesas de los Estados los obligan desde el punto de vista del Derecho Internacional. Enfocan su tesis desde la perspectiva del régimen de las declaraciones unilaterales, bajo la argumentación de que éste régimen constituye un extracto de los principios que regulan el derecho de los tratados, y de que empleando dicho análisis se arribará a las mismas conclusiones sobre el consentimiento del Estado.⁶¹

En este sentido, las declaraciones unilaterales obligan a los Estados sin importar que tengan respuesta o vinculación alguna con la declaración de otro soberano. Los Estados tienen la libertad de revocarlas, pero sin violentar el principio de buena fe y de no contradicción de los actos soberanos.⁶²

Para los autores la disponibilidad del arbitraje ante una institución neutral forma parte de las condiciones de inversión ofrecidas a los extranjeros, y por

⁶¹ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op.cit.*, p. 28; p. 29.

⁶² *Ibid.*, p. 29.

lo tanto, suprimir o limitar dicha posibilidad implicaría violentar el principio de buena fe.⁶³

Por su parte, el profesor Orrego Vicuña señala que el consentimiento expresado en el TBI por parte del Estado es más que una oferta y genera obligaciones internacionales.⁶⁴

Para Orrego la fecha de expresión del consentimiento del Estado es aquella en la cual entró en vigencia el tratado, aunque posteriormente este consentimiento se una al del inversor para satisfacer las condiciones requeridas. Ambas expresiones de consentimiento tienen fechas diferentes, sin embargo, en aplicación del principio de *pactum de contrahendo*, ello no modifica el carácter vinculante de la voluntad del Estado.⁶⁵

Para el profesor colombiano Fernando Mantilla-Serrano⁶⁶ los TBI son tratados independientes del Convenio de Washington, en cuyas cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor se encuentran frecuentemente redactadas verdaderas manifestaciones de consentimiento por parte del Estado de someterse a la jurisdicción del CIADI.

iv. Teoría contractual pero con oferta irrevocable

Por su parte, Andrés Mezgravis critica la tesis del acto unilateral sobre el consentimiento del Estado argumentando que dicho acto tiene naturaleza convencional, ya que para perfeccionarse debe unirse al consentimiento del inversor, independientemente del instrumento que lo contenga, así este autor constituye un exponente de la perspectiva contractual.⁶⁷

Sin embargo, no excluye la posibilidad de que el consentimiento dado constituya una oferta irrevocable bajo los principios de contractuales

⁶³ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁴ Waghih Elie George Siag y Clorinda Vecchi contra Egipto, (Caso CIADI No. ARB/05/15). Decisión sobre jurisdicción del 11 de Abril de 2007, Voto parcialmente disidente de Francisco Orrego Vicuña, p. 64.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Ver opinión del autor en: MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op.cit.*", p. 211.

⁶⁷ DUNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*", p. 259.

internacionales,⁶⁸ y en función de las legítimas expectativas generadas al inversor.

Si bien, las reglas de interpretación del consentimiento empleadas en las decisiones arbitrales han oscilado entre las normas de interpretación de los tratados, las declaraciones unilaterales y el derecho nacional, para Mezgravis resultan aplicables sólo las normas de interpretación de los contratos internacionales, y especialmente, las que rigen el contrato de arbitraje internacional.⁶⁹

Así, Mezgravis cree en la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje formado progresivamente, contenido en un TBI, en un contrato o en una ley nacional, y defiende el principio de autonomía e independencia de éste sin importar el instrumento que lo contenga, en consecuencia, fija las normas de interpretación del mismo mediante los principios contractuales de Derecho Internacional.⁷⁰

Mezgravis observa en el TBI dos fuentes distintas de obligaciones: el tratado que genera obligaciones entre los Estados parte, y el acuerdo arbitral que mantiene su independencia y obliga al Estado con el inversor.⁷¹

La obligación Estado-Estado se perfecciona al momento de la ratificación del tratado, mientras que la obligación Estado-inversor se perfecciona una vez formado el acuerdo de arbitraje, mediante la aceptación por parte del inversor de la oferta contenida en la cláusula de solución de controversias del tratado.

La oferta contenida en la cláusula del TBI puede ser revocable o no, dependiendo del contexto en el que surge y de las expectativas que ha generado.⁷²

⁶⁸ MEZGRAVIS, Andrés A.: “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones”, En Carlos A. Soto Coaguila (director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo II. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 844.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 854.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 848 - 850.

⁷¹ *Ibid.*, p. 850.

Mezgravis expone que “la oferta unilateral de arbitraje contenida en un TBI que tiene una vigencia de 10 o 15 años no puede ser revocada durante dicho tiempo”,⁷³ sobre este punto el autor razona que sólo podría modificarse por mutuo acuerdo de los Estados que participan en el TBI y que dicha revocatoria sólo afectaría a quienes aún no realizaran inversiones, para no perjudicar las legítimas expectativas generadas por el tratado, en función del principio de buena fe, contemplado en el Derecho Internacional y en las reglas de interpretación de los tratados.⁷⁴

v. *Posturas de otros autores*

En otro orden de ideas, Stephan Schill expone que el derecho de acción del inversor se basa en el consentimiento prospectivo⁷⁵ y generalizado del Estado, en el marco de las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión.⁷⁶

Así, el consentimiento del Estado en su naturaleza y alcance difiere del consentimiento dado en el ámbito del arbitraje comercial internacional, siendo que existe un ejercicio de soberanía por parte del Estado, y a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial, el consentimiento no está limitado a una controversia delimitada y conocida a priori que surge de una determinada relación entre iguales.⁷⁷

Para Roland Pettersson la redacción de la cláusula de solución de controversias de un TBI tiene relevancia para determinar si existe un consentimiento incondicional.⁷⁸

⁷² *Ibid.*, pp. 850 - 851.

⁷³ *Ibid.*, p. 852.

⁷⁴ MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C.: “Denunciation of the... *op.cit.*, p. 9.

⁷⁵ Se empleó el término “prospectivo” como traducción literal del vocablo “prospective” empleado por el autor Stephan Schill. Por el término prospectivo, según la Real Academia Española, comprendemos que se refiere a actuaciones presentes que se anticipan al futuro. El consentimiento del Estado entonces se anticipa al evento futuro constituido por el potencial accionar del inversor, y tiene un carácter generalizado en el marco de TBI que lo contiene.

⁷⁶ SCHILL, Stephan: “Enhancing International... *op. cit.*, p. 74.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 75. VAN HARTEN, Gus: “The Public-Private distinction in the International Arbitration of Individual claims against the State”, 2009, p.11 Consultado el 06 de junio de 2014 en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461125.

⁷⁸ PETTERSSON STOLK, Roland: *La Salida de Venezuela del CIADI... op.cit.*

Por su parte Garibaldi sostiene que los efectos de la cláusula de solución de controversias interpretada bajo la CVDT varían en función de su redacción. De esta forma, la cláusula expresa el alcance y la extensión del consentimiento dado por el Estado, y si dicho consentimiento está condicionado o no. En ausencia de mención alguna de circunstancias especiales, Garibaldi entiende que contiene el consentimiento necesario para la jurisdicción del Centro.⁷⁹

Para Bernardo Cremades la redacción de la cláusula de solución de controversias debe expresar el consentimiento de forma inequívoca, en caso contrario el tribunal arbitral deberá establecer su propia jurisdicción en base al principio de Kompetenz- Kompetenz establecido en el artículo 41.1 del Convenio de Washington.⁸⁰

En opinión de Bernardo Cremades, el consentimiento para arbitrar contenido en la cláusula del TBI varía según su redacción, ya que puede contener un consentimiento genérico o inequívoco dado por el Estado anticipadamente, o puede el Estado reservarse en la cláusula la posterior aprobación del acuerdo de arbitraje, estableciendo una promesa futura de concretar dicho acuerdo.⁸¹

En el primer caso, el consentimiento es vinculante y existe un derecho al arbitraje por parte del inversor, quien acepta la oferta abierta hecha por el Estado en el TBI, constituyendo el acuerdo de arbitraje exigido por el artículo 25 del Convenio con el consentimiento mutuo de ambas partes.⁸²

En el segundo tipo de cláusula de solución de controversias no existe por parte del inversor un derecho al arbitraje, el consentimiento otorgado por parte del Estado no es vinculante. Por lo que para someter a arbitraje una

⁷⁹ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*, p. 268.

⁸⁰ CREMADES, Bernardo: "Arbitration in Investment... *op. cit.*, p. 15.

⁸¹ CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David: "La seguridad jurídica... *op. cit.*, p. 252. CREMADES, Bernardo: "Arbitration in Investment... *op. cit.*, p. 15.

⁸² CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David: "La seguridad jurídica... *op. cit.*, p. 254.

controversia, se requiere un acuerdo independiente de arbitraje formalizado por ambas partes.⁸³

Para Cremades, las cláusulas de los TBI que expresan el consentimiento de forma inequívoca se caracterizan por: ser una oferta de arbitraje de naturaleza pública (al estar contenida en un tratado), tener un carácter unilateral respecto a todos los inversionistas nacionales del otro Estado parte en el tratado, ser vinculante para el Estado que la emite, y revocable sólo mediante un instrumento de jerarquía similar, y por último, su período de vigencia coincide con el del tratado que la contiene, lo que incluye el término establecido en la cláusula de supervivencia.⁸⁴

vi. Nuestra postura

Para efectos de esta investigación consideraremos que la cláusula de solución de controversias contenida en un TBI es una oferta de arbitraje dada por un Estado frente a los inversores del otro Estado parte en el tratado, quedando obligado internacionalmente por el consentimiento expresado, tal y como sostiene Francisco Orrego Vicuña.

Con relación a la interpretación de la cláusula, coincidimos con Garibaldi en que debe darse bajo las normas del Derecho Internacional Público aplicables a la interpretación de los tratados, por estar sus disposiciones contenidas en un TBI, que tiene carácter de tratado internacional, y es fuente de Derecho Internacional Público, así como también debe recurrirse en su interpretación al principio de buena fe y tomando en consideración la redacción de la cláusula de solución de controversias.

Es de hacer notar que inclusive el mismo Schreuer, defensor de la perspectiva contractual de la oferta, expone el destacado rol del Derecho Internacional en la práctica al interpretar las cláusulas de solución de controversias.

⁸³ *Ibid.*, p. 255.

⁸⁴ CREMADES, Bernardo: "Arbitration in Investment... *op. cit.*, p. 18.

En lo que se refiere a la redacción de la cláusula, concordamos con Cremades, Petterson y Gaillard, en que el consentimiento dado por el Estado lo vinculará en función de la redacción de la cláusula, según ésta contemple un consentimiento inequívoco o condicionado.

La vigencia de la cláusula coincide con la vigencia del tratado que la contiene, por lo que el consentimiento del Estado lo vinculará durante la validez del TBI. Consideramos que, tal y como afirma Mezgravis, en función del principio de buena fe y por las legítimas expectativas generadas en el inversor, el consentimiento sólo podrá revocarse con una modificación del TBI y renegociación de sus términos, o con su denuncia, caso en el cual la oferta mantendrá su vigencia durante el término establecido en la cláusula de supervivencia del TBI.

En consecuencia, habiendo establecido la naturaleza de la cláusula de solución de controversias y dada la importancia otorgada a la redacción de la misma, para la vigencia de las obligaciones del Estado, cobra relevancia describir por separado las cláusulas que contemplan al CIADI como un mecanismo de solución de controversias, establecidas en los TBI que mantiene vigentes Venezuela, para determinar la naturaleza del consentimiento contenido en cada una de ellas, y posteriormente, en el Capítulo III determinaremos los efectos de la denuncia del Convenio CIADI sobre cada TBI que obliga internacionalmente a nuestro país.

d. Los TBI de Venezuela que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias.

En la historia de las negociaciones de nuestro país de los Tratados Bilaterales de Inversión podemos observar que ha variado el mecanismo de solución de controversias establecido en los tratados o acuerdos bilaterales.

En este sentido, los últimos TBI ratificados por la República han desplazado al mecanismo tradicional del CIADI por razones de ideología política, sin

embargo, la vigencia del mecanismo CIADI sigue presente en varios de tratados que Venezuela mantiene vigentes.

En virtud de la importancia que tiene la redacción de la cláusula de solución de controversias de los TBI, procederemos a describir a continuación las cláusulas de los TBI vigentes para Venezuela, con especial énfasis en aquellas que contemplan al CIADI, para posteriormente en el Capítulo III analizar los efectos de la denuncia sobre cada TBI.

TBI Alemania – Venezuela⁸⁵

La cláusula de solución de controversias de este TBI contenida en su artículo 10, contempla lo siguiente:

Artículo 10:

1. Las controversias que surjan entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante sobre derechos y obligaciones derivadas del presente Tratado en relación con las inversiones deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
2. Si una controversia no pudiere ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya hecho valer, será sometida, a petición del nacional o de la sociedad, a un procedimiento arbitral. En la medida en que las partes en la controversia no lleguen a un arreglo en otro sentido, la controversia se someterá a un procedimiento arbitral conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965. (...)⁸⁶

Como podemos observar dicha cláusula establece un lapso de solución amistosa de seis meses, después del cual da libertad a las partes de acordar someter la controversia a un procedimiento arbitral, planteando el arbitraje

⁸⁵ Ley aprobatoria del 28 de enero de 1998 publicada en Gaceta Oficial N° 36.383. El TBI entró en vigencia el 16 de octubre de 1998.

⁸⁶ Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/VzlaAlemania.pdf>.

CIADI de forma subsidiaria en caso de que las partes no acuerden otro mecanismo.

De esta manera de la redacción de la cláusula observamos que contiene un consentimiento incondicional por parte de los Estados contratantes, en los casos en que no exista un acuerdo en contrario entre las partes, afirmando contundentemente que éstas se someterán al arbitraje CIADI, sin estipular ninguna otra condición.

TBI Argentina - Venezuela⁸⁷

El Tratado Bilateral con la República Argentina contempla su cláusula de solución de controversias en el artículo 11 que prevé lo siguiente:

Artículo 11: Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante receptora de la Inversión

1. Toda controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, respecto del cumplimiento por ésta de las disposiciones del presente Acuerdo, será, en la medida de lo posible solucionada por consultas amistosas.
2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:
 - o bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión,
 - bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el Párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las Jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso el arbitraje internacional, el inversor y la Parte Contratante podrán convenir someterla:
 - a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y

⁸⁷ Ley aprobatoria del 01 de noviembre de 1994 publicada en Gaceta Oficial N° 4.801 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 01 de julio de 1995.

Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;

- b) Reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;
- c) a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Si después de un período de tres meses a partir de la notificación del sometimiento de la controversia al arbitraje, no hubiese acuerdo sobre uno de los procedimientos alternativos antes mencionados, las partes en la controversia deberán, someterla al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (C.I.A.D.I.) o a su Mecanismo Complementario a los que se hace referencia en el inciso a) del presente Párrafo. (...) ⁸⁸

En este sentido, observamos un lapso para la solución amistosa de las controversias, luego del cual la controversia a elección de las partes puede ser sometida a los tribunales nacionales de los Estados contratantes o al arbitraje, dicha elección tendrá carácter definitivo.

En caso de elegir el arbitraje, la cláusula faculta a las partes a convenir entre someterla al CIADI, su Mecanismo Complementario o a un tribunal ad hoc constituido bajo las reglas de la CNUDMI.

A falta de acuerdo entre las partes, la cláusula establece la obligación de someter la controversia al procedimiento CIADI o a su Mecanismo Complementario. En virtud de esta última disposición, los Estados contratantes establecieron entre ellos y mutuamente la obligatoria sumisión

⁸⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Argentina.pdf>.

al CIADI para aquellos casos en los que la negociación con el inversor sobre un mecanismo alternativo no sea fructífera.

TBI Barbados - Venezuela⁸⁹

La cláusula de solución de controversias del tratado con el gobierno de Barbados estipula que las controversias se someterán al procedimiento de conciliación o arbitraje del CIADI a solicitud del inversionista, sin establecer ningún plazo de solución amistosa, ni exigir alguna otra condición o requisito. Esta cláusula no permite a las partes acordar un mecanismo arbitral alternativo.

En este sentido, el tratado contempla:

Artículo 8: Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante y Nacionales o Sociedades de la otra Parte Contratante

1. Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante que se refieran a las obligaciones de aquella conforme a este Acuerdo en relación con una inversión, se someterán, a solicitud del nacional o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada mediante conciliación o arbitraje de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.
2. Mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte de la Convención mencionada en el párrafo (1) de este Artículo, las controversias a que dicho párrafo se refiere se someterán al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de conformidad con las Reglas que Rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos por la Secretaría del Centro. (Reglas del Mecanismo Complementario). Si por cualquier motivo el Mecanismo Complementario no está disponible, el inversor tendrá el derecho de someter la controversia a arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁸⁹ Ley aprobatoria del 08 de febrero de 1995 publicada en Gaceta Oficial N° 4.853 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 31 de octubre 1995.

3. La sentencia arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la Parte Contratante en cuestión de sus obligaciones conforme al presente Acuerdo, si ese incumplimiento ha causado daños al nacional o a la Sociedad en cuestión y, si ese fuere el caso, el monto de la indemnización.
4. Cada Parte Contratante da su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo. (Subrayado nuestro)⁹⁰

Es necesario resaltar que si bien la cláusula establece como opciones para el arbitraje: el mecanismo complementario del CIADI y las reglas de la CNUDMI, debemos tomar en cuenta que éstas se activaban cuando Venezuela no era parte del Convenio de Washington.

Con relación a la posibilidad de que alguno de los Estados deje de ser parte del Convenio no existe mención alguna en el Tratado, e interpretar que en dicho caso se reactivan las opciones mencionadas ut supra, sería violentar la voluntad de las partes que en el numeral 4° de la cláusula establecieron expresamente que otorgan su consentimiento incondicional para someter las controversias al mecanismo CIADI.

TBI Belarús - Venezuela⁹¹

El tratado de Belarús firmado en el año 2007 es el primer tratado que deja de contemplar el arbitraje CIADI y su Mecanismo Complementario como mecanismo de solución de controversias,⁹² bajo una nueva directriz de la política venezolana. De esta manera contempla como mecanismos a los tribunales nacionales de las partes, a un tribunal arbitral ad hoc bajo las reglas de la CNUDMI, o cualquier otro tribunal de arbitraje ad hoc previamente aceptado por las partes.

⁹⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Barbados.pdf>.

⁹¹ Ley aprobatoria del 24 de marzo de 2008 publicada en Gaceta Oficial N° 38.894. El TBI entró en vigencia el 13 de agosto 2008.

⁹² TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 187.

En consecuencia, este TBI escapa a los efectos de la denuncia del Convenio de Washington, siendo que no está vinculado con dicho mecanismo arbitral.

TBI Unión Belgo/Luxemburguesa-Venezuela⁹³

La cláusula de solución de controversias de este TBI reza bajo los siguientes términos:

Artículo 9: Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones

1. Cualquier controversia entre un inversor y la otra Parte Contratante que se refiera a la aplicación del presente Acuerdo, será objeto de una notificación escrita, acompañada de un memorándum suficientemente detallado de la Parte del inversor. En la medida de lo posible, las Partes intentarán resolver la controversia amigablemente mediante la negociación, pudiendo recurrir a la experticia de un tercero, mediante la conciliación.
2. A falta de arreglo amigable dentro de los seis meses contados a partir de la fecha de la notificación, la controversia se someterá, a opción del inversor, bien sea a la jurisdicción competente del Estado en el cual se ha efectuado la inversión o bien al arbitraje internacional. Una vez ejercida esta opción, será definitiva.

A este fin cada una de las Partes Contratantes otorgará su consentimiento irrevocable por adelantado para que sea sometida a este arbitraje.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia se someterá al Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la "Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierta a la firma en Washington, el 18 de Marzo de 1965.

En caso de que el recurso a C.I.A.D.I. resulte imposible, el inversor podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). (...) (Subrayado nuestro)⁹⁴

⁹³ Ley aprobatoria del 04 de enero de 2002 publicada en Gaceta Oficial N° 37.357. El TBI entró en vigencia el 29 de abril de 2004.

⁹⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-BelgicaLux.pdf>.

En este sentido, este TBI contempla un lapso obligatorio de negociación o solución amistosa de seis meses, que de ser infructífero, otorga al inversor la posibilidad de escoger entre los tribunales domésticos y el arbitraje internacional, en cuyo caso se someterá al CIADI, y de ser imposible éste, el inversor podrá someter la controversia a un tribunal ad hoc establecido bajo las reglas de la CNUDMI. Destaca igualmente que dicha cláusula no contempla al Mecanismo Complementario del CIADI.

Analizando la cláusula de este TBI observamos que expresamente contempla en su numeral 2, que las partes otorgan su consentimiento de forma anticipada e irrevocable para el arbitraje CIADI, por lo que en este tratado nos encontramos ante un consentimiento incondicional.

TBI Bolivia-Venezuela

El TBI Bolivia-Venezuela se negoció durante el año 2000 en Lima en las rondas de negociaciones facilitadas por la UNCTAD, sin embargo, no fue ratificado por Venezuela por lo cual no está en vigencia para la República.⁹⁵

A título informativo el proyecto del TBI contemplaba al CIADI como mecanismo de solución de controversias, y subsidiariamente, al Mecanismo Complementario o el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Brasil-Venezuela

El TBI negociado en el año 1995 con la República Federativa del Brasil no ha sido ratificado por Brasil, por lo cual no está vigente para Venezuela.⁹⁶

Como dato anecdótico, el acuerdo contemplaba un lapso de solución amistosa de seis meses, la elección al inversor de los tribunales nacionales o el arbitraje internacional bajo el CIADI,⁹⁷ su Mecanismo Complementario, o en su defecto bajo un tribunal establecido bajo las reglas de la CNUDMI.

⁹⁵ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 184.

⁹⁶ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 168.

⁹⁷ Es de hacer notar que Brasil tampoco ha ratificado el Convenio de Washington.

TBI Canadá-Venezuela⁹⁸

Este TBI contiene una cláusula muy completa de solución de controversias, en la que contempla un lapso de solución amistosa, luego del cual las partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias del arbitraje CIADI o a su mecanismo complementario, a falta de los cuales el TBI faculta al inversor a someter la controversia frente a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

En este orden de ideas, la cláusula establece:

Artículo XII: Arreglo de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora

1. Cualquier controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, que se relacione con la pretensión del inversor de que el hecho de haber tomado o dejado de tomar una medida la primera Parte Contratante constituye un incumplimiento de este Acuerdo, y que el inversor o una empresa de propiedad del inversor o controlada directa o indirectamente por él ha sufrido pérdida o daño por razón del incumplimiento o como resultado de él, deberá, en la medida de lo posible, ser arreglada amistosamente entre ellos.
2. Si una controversia no ha sido arreglada amigablemente dentro de un período de seis meses contados desde la fecha en la cual se inició, podrá ser sometida por el inversor a arbitraje de conformidad con el párrafo (4). A los fines de este párrafo, se considera que se ha iniciado una controversia cuando el inversor de una Parte Contratante ha notificado por escrito a la otra Parte Contratante su pretensión de que el hecho de haber tomado o dejado de tomar una medida esta última Parte Contratante constituye incumplimiento de este Acuerdo, y que el inversor o una empresa de propiedad del inversor o controlada directa o indirectamente por él ha sufrido pérdida o daño por razón del incumplimiento o como resultado del mismo.
3. Un inversor puede someter una controversia de las señaladas en el párrafo (1) a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4) sólo si:
 - a. el inversor ha consentido por escrito en ello;

⁹⁸ Ley aprobatoria del 20 de enero de 1998 publicada en Gaceta Oficial N° 5.207 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 28 de enero de 1998.

- b. el inversor ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con la medida que pretende que constituye incumplimiento de este Acuerdo ante las cortes o tribunales de la Parte Contratante de que se trate o en cualquier tipo de procedimiento de arreglo de controversias;
 - c. si el asunto se relaciona con impuestos, se han cumplido las condiciones especificadas en el párrafo 14 de este Artículo; y
 - d. no han pasado más de tres años desde la fecha en la cual el inversor tuvo conocimiento por primera vez o hubiera debido tenerlo, del pretendido incumplimiento y de haber sufrido el inversor pérdida o daño.
4. La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:
- a. el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de CIADI), siempre que la Parte Contratante litigante y la Parte Contratante del inversor sean partes del CIADI; o
 - b. las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), cuando la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversor podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

5. Cada Parte Contratante da en virtud del presente Acuerdo su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones de este Artículo.
- 6.
- (a) Tanto el consentimiento otorgado en el párrafo (5), como el consentimiento otorgado conforme al párrafo (3), o los consentimientos otorgados conforme al párrafo (12), satisfarán los requisitos de:

- i. el consentimiento escrito de las partes en la controversia a los fines del Capítulo II (Jurisdicción del Centro) de CIADI y a los fines de las Reglas del Mecanismo Complementario;
(...)⁹⁹ (Subrayado nuestro)

Con anterioridad a la denuncia venezolana las disputas eran sometidas al Mecanismo Complementario, con base al numeral 4 literal b de la cláusula, siendo que Canadá ratificó el Convenio de Washington a finales del año 2013, fecha en la que Venezuela ya no formaba parte del Convenio.

Como vemos este tratado contempla una prelación de opciones para el inversor y establece expresamente el consentimiento incondicional de las partes contratantes a los mecanismos de solución de controversias del tratado. Cabe destacar el nivel de especificación de esta cláusula de solución de controversias, siendo que estipula que el consentimiento otorgado en ella satisface los requerimientos del Convenio de Washington para la jurisdicción al Centro.

En este orden de ideas, también establece las condiciones necesarias para que el inversor pueda someter la controversia al arbitraje, tales como: que el inversor haya consentido de forma escrita, haya renunciado a su derecho de someter la controversia ante las cortes domésticas, no hayan transcurrido más de tres años de la fecha del incumplimiento o de sufrida la pérdida o daño, y en materia de impuestos hace referencia a otros requerimientos.

TBI Chile - Venezuela¹⁰⁰

Este Tratado Bilateral contempla en su artículo 8 la cláusula de solución de controversias que regula la solución de disputas bajo el siguiente esquema:

⁹⁹ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y la Protección de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Canada.pdf>.

¹⁰⁰ Ley aprobatoria del 29 de diciembre de 1994 publicada en Gaceta Oficial N° 4.830 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 25 de mayo de 1995.

Artículo 8: Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante

1. En caso de surgir una controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el ámbito del presente Acuerdo, el inversionista y la Parte Contratante de que se trate celebrarán consultas para lograr una solución amigable.
2. De no lograrse una solución amistosa, el inversionista podrá someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En este último caso la controversia se someterá al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
3. Una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva.
4. Las Partes Contratantes consienten en someter al arbitraje internacional, a que se refiere el numeral 2 anterior, las controversias relativas a inversiones amparadas por el presente Acuerdo. (...)¹⁰¹
(Subrayado nuestro)

Como podemos observar, en dicha cláusula se contempla la solución amistosa de la controversia, y subsidiariamente, contempla someter la disputa ante los tribunales nacionales o al arbitraje internacional bajo el mecanismo de solución de controversias del CIADI, siendo la elección de uno u otro determinante.

La redacción de este TBI demuestra un consentimiento incondicional al mecanismo CIADI, siendo además la única opción para el arbitraje internacional.

¹⁰¹ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Chile sobre Promoción y Protección de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Chile.pdf>.

TBI Costa Rica - Venezuela¹⁰²

Este tratado celebrado en Caracas en 1997, cuya vigencia se prorrogó hasta el 2001, contempla sus mecanismos de solución de controversias bajo los siguientes términos:

Artículo 11: Solución de Controversias entre un Inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante

1. Cualquier controversia que surja entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento de las disposiciones del presente Acuerdo en relación con su inversión, será en la medida de lo posible solucionada mediante un acuerdo amistoso.
2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha en que el inversionista la haya notificado por escrito, incluyendo una información detallada, el inversionista podrá someter la controversia a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o a un procedimiento arbitral de acuerdo con las siguientes disposiciones:
 - (a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel;
 - (b) en caso de que una de las Partes Contratantes dejase de ser Estado Contratante del CIADI, la controversia se resolverá conforme al mecanismo complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.
 - (c) a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), en caso de que ambas Partes Contratantes dejasen de ser Estados Contratantes del CIADI.
3. Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiese realizado la

¹⁰² Ley aprobatoria del 28 de enero de 1998 publicada en Gaceta Oficial N° 36.383. El TBI entró en vigencia el 02 de mayo de 2001.

inversión o un tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. (...) ¹⁰³

Esta cláusula favorece primeramente el arreglo amistoso de la controversia en un plazo de seis meses, para posteriormente proceder con los tribunales nacionales o el arbitraje internacional.

En este último escenario, la primera opción es el CIADI, a condición de que ambas partes sean parte del Convenio de Washington, caso contrario el TBI expresamente establece que la controversia se someterá al Mecanismo Complementario, o en su defecto, a un tribunal ad hoc establecido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Cuba – Venezuela ¹⁰⁴

En este Tratado no se contempla el mecanismo arbitral del CIADI, por el contrario, una vez vencido el lapso para la solución amistosa, las partes pueden someter la controversia bien a los tribunales nacionales, o bien a un tribunal arbitral ad hoc establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Dinamarca – Venezuela ¹⁰⁵

La cláusula de solución de controversias de este Tratado establece lo siguiente:

Artículo 9: Diferencias entre una Parte Contratante y un Inversor

- (1) Cualquier diferencia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto de una obligación de la última bajo este acuerdo en relación a una inversión en su territorio, será sometida a negociación entre las partes.

¹⁰³ Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-CostaRica.pdf>.

¹⁰⁴ Ley aprobatoria del 18 de diciembre de 1997 publicada en Gaceta Oficial N° 5.192 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 15 de abril de 2004.

¹⁰⁵ Ley aprobatoria del 23 de julio de 1996 publicada en Gaceta Oficial N° 5.080 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 19 de septiembre de 1996.

- (2) En el caso de que una diferencia de este tipo siga existiendo después de un período de tres meses, el inversor tendrá el derecho de someter el caso a:
- a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para su solución mediante arbitraje o conciliación de conformidad con la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965;
 - b) mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte de la Convención mencionada en el apartado 2 (a) de este Artículo, las diferencias a que se refiere dicho párrafo serán sometidas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones bajo las Reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretaría del Centro;
 - c) en el caso de que este mecanismo no estuviera disponible, el inversor tendrá derecho a someter el caso a un árbitro o a un tribunal internacional arbitral ad hoc establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Las partes en la diferencia pueden acordar por escrito la modificación de esas Reglas. El Laudo Arbitral será definitivo y obligatorio para ambas Partes en la diferencia. (...)¹⁰⁶

Dicha cláusula estipula un plazo de solución amistosa de tres meses, después del cual cada una de las partes tendrá derecho a presentar la controversia ante el CIADI o ante su Mecanismo Complementario, mientras Venezuela no se hubiera adherido al Convenio.

Subsidiariamente, de no estar disponible el Mecanismo Complementario, el inversor tendrá derecho a presentar la controversia ante un tribunal arbitral ad hoc establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

¹⁰⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Dinamarca.pdf>.

Sin embargo, tal y como lo establece la cláusula de solución de controversias, estas reglas del TBI pueden ser modificadas mediante acuerdo por escrito de las partes en disputa.

En este tratado, el consentimiento al arbitraje CIADI estaba condicionado a la adhesión de nuestro país al Convenio de Washington, condición que fue satisfecha en 1995 cuando dicho Convenio entró en vigencia para Venezuela.

TBI Ecuador - Venezuela¹⁰⁷

Este Tratado contempla en su cláusula de solución de controversias los siguientes mecanismos:

Artículo 9: Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión

1. Toda controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las disposiciones de este Convenio será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.
2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las Partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:
 - O bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión,
 - O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. Si el inversor resuelve someter la controversia a arbitraje, éste se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente

¹⁰⁷ Ley aprobatoria del 02 de noviembre de 1994 publicada en Gaceta Oficial N° 4.802 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 01 de febrero de 1995.

Convenio haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación.

Si por cualquier motivo no estuviere disponible el CIADI ni su mecanismo complementario, la controversia será sometida, a petición del inversor, a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). (...) ¹⁰⁸

Este TBI establece un periodo de seis meses de solución amistosa de la controversia, luego del cual el inversor puede elegir entre someterse a los tribunales nacionales o al arbitraje internacional.

Como mecanismo de arbitraje internacional nos presenta el CIADI, bajo la condición de que ambos Estados se adhieran al Convenio de Washington, subsidiariamente el Mecanismo Complementario, y como última instancia, establece que la controversia será sometida a un tribunal ad hoc de conformidad con las reglas de la CNUDMI.

TBI España – Venezuela ¹⁰⁹

La cláusula de solución de controversia de este TBI estipula lo siguiente:

Artículo XI. Controversias entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante.

1. Toda controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las obligaciones establecidas en el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversias tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

¹⁰⁸ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Ecuador.pdf>.

¹⁰⁹ Ley aprobatoria del 01 de septiembre de 1997 publicada en Gaceta Oficial N° 36.281. El TBI entró en vigencia el 10 de septiembre de 1997.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a la elección del inversor:
 - a. A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o
 - b. Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Convenio haya adherido a aquel. En caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido al citado Convenio, se recurrirá al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría de CIADI;
3. Si por cualquier motivo no estuvieren disponibles las instancias arbitrales contempladas en el punto 2 b) de este artículo, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (...) ¹¹⁰

En similitud con el TBI anterior, este tratado apunta a la solución amistosa de la controversia por un período de seis meses, luego del cual el inversor puede elegir entre acudir a los tribunales nacionales competentes o al CIADI.

La cláusula también establece como posibilidad el Mecanismo Complementario mientras que Venezuela no se hubiera adherido al Convenio, y subsidiariamente, contempla someterse a un tribunal arbitral ad hoc constituido de conformidad con las reglas de la CNUDMI.

¹¹⁰ Acuerdo Entre La República De Venezuela Y El Reino De España Para La Promoción Y Protección Recíproca De Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Espana.pdf>.

TBI Francia – Venezuela¹¹¹

La cláusula de solución de controversias de este TBI resulta ser una de las más controversiales, siendo que contempla al CIADI como foro exclusivo de arbitraje para la solución de controversias:

Artículo 8: Solución de Controversias entre un Inversor y un Estado Receptor

1. Cualquier controversia que surja entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la Otra Parte Contratante en lo concerniente a una obligación de esta última en relación con una inversión en virtud del presente Acuerdo, será resuelta amistosamente entre las dos partes interesadas.
2. Si dicha controversia no pudiese ser resuelta en un plazo de seis meses a partir del momento en que ha sido identificada por una u otra de las partes en controversia, se someterá, a pedido del nacional o de la sociedad en cuestión, a la jurisdicción competente del estado en el cual se ha efectuado la inversión o bien al arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por la Convención para el arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965. Dicha opción queda a elección del nacional o de la sociedad interesada. Una vez ejercida la opción de arbitraje, esta será definitiva. (...) ¹¹²

Este Tratado Bilateral establece al igual que la mayoría de los TBI analizados, un período de negociaciones de seis meses, después de los cuales sólo establece derechos al inversor de someterse a la jurisdicción nacional o al mecanismo de solución de controversias del CIADI.

Es por ello que ante la denuncia del Convenio de Washington este TBI resulta ser uno de los más polémicos, ya que si consideramos que la oferta contenida en este TBI se extingue con la denuncia de Convenio, los inversores quedarían desprovistos de todo mecanismo arbitral para someter

¹¹¹ Ley aprobatoria del 11 de marzo de 2004 publicada en Gaceta Oficial N° 37.896. El TBI entró en vigencia el 15 de abril de 2004.

¹¹² Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Francia.pdf>.

sus controversias, quedando como único recurso los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversor. Los efectos de la denuncia del Convenio sobre este TBI serán analizados con posterioridad.

TBI Irán - Venezuela¹¹³

Este TBI suscrito en el marco de la cooperación iraní en la construcción de proyectos inmobiliarios en Venezuela, entró en vigor en el año 2006, estableciendo como mecanismo de solución de controversias disponibles para el inversor: un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, un tribunal arbitral internacional de la Cámara de Comercio de París o el mecanismo CIADI.

En este sentido, el mecanismo del CIADI no está disponible en el marco de este TBI, ya que Irán no es parte del Convenio de Washington, y ante la prelación de mecanismos de solución de controversias, consideramos que la denuncia en poco afecta las posibilidades de los inversores en el marco de este Tratado.

TBI Lituania – Venezuela¹¹⁴

Este Acuerdo establece en su cláusula de solución de controversias los siguientes mecanismos:

Artículo 7: Controversias entre una Parte Contratante y un Inversor de la Otra Parte Contratante

1. La notificación de una controversia relativa a la aplicación del presente Acuerdo en relación con una inversión entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte se dará por escrito. Esta notificación incluirá una declaración detallada por el inversor a la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. Las Partes, si posible, tratarán de resolver sus diferencias mediante un acuerdo amistoso.

¹¹³ Ley aprobatoria del 02 de marzo de 2006 publicada en Gaceta Oficial N° 38.894. El TBI entró en vigencia el 07 de julio de 2006.

¹¹⁴ Ley aprobatoria del 23 de julio de 1996 publicada en Gaceta Oficial N° 5.080 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 01 de agosto de 1996.

2. Si la controversia no puede resolverse de forma amistosa dentro de los seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita prevista en el apartado 1, la disputa, a petición de cualquiera de las partes y siempre que el inversionista da su consentimiento, se someterá a:

Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", de 1965, para su arbitraje bajo las Reglas Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, o como pueda ser el caso al Mecanismo Complementario CIADI.

3. Si por cualquier razón ni el mecanismo arbitral CIADI ni el Mecanismo Complementario CIADI estuvieren disponibles, la controversia será sometida a solicitud de cualquiera de las partes, a un tribunal arbitral ad hoc, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje establecidas en 1976 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (...) ¹¹⁵

En esta cláusula encontramos la obligación de notificar por escrito las controversias y someterlas a un período de seis meses de negociación, luego del cual la controversia a elección del inversor será sometida al CIADI o a su mecanismo complementario, subsidiariamente, y de no estar disponibles dichos mecanismos la controversia será sometida a un tribunal ad hoc establecido según el reglamento de la CNUDMI.

TBI Países Bajos – Venezuela ¹¹⁶

Este Tratado ratificado por Venezuela en el año 1993 constituye el primer TBI ratificado por nuestro país, y según afirma Victorino Tejera en su investigación, fue impulsado por iniciativa venezolana y sigue el esquema de los TBI firmados a comienzos de los años 90. ¹¹⁷

En su cláusula de solución de controversias se estipula lo siguiente:

¹¹⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Lituania para la Promoción y Protección de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Lituania.pdf>.

¹¹⁶ Ley aprobatoria del 06 de agosto de 1993 publicada en Gaceta Oficial N° 35.269. El TBI entró en vigencia el 01 de noviembre de 1993.

¹¹⁷ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 53. Véase la página 54 para mayor detalle sobre las exigencias de la Cancillería venezolana durante la negociación.

Artículo 09:

1. Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión, a fin de ser resueltas mediante el arbitraje o la conciliación bajo la Convención para el Arreglo de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados abierta para la suscripción en Washington el 18 de marzo de 1965.
2. Mientras la República de Venezuela no se hiciere Estado Contratante de la Convención mencionada en el párrafo 1 de este Artículo, las controversias referidas en dicho párrafo serán sometidas al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión bajo las Reglas que Rigen la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos por el Secretario del Centro (Reglas de Facilidad Adicional).
3. El laudo arbitral se limitará a determinar si existe un incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el presente Convenio si tal incumplimiento de obligaciones ha causado daños al nacional interesado y, en tal caso, el monto de la compensación
4. Cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 del presente Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este Artículo. (...) (Subrayado nuestro)¹¹⁸

Como podemos observar, la cláusula contiene expresamente el consentimiento incondicional de las partes para la solución de las controversias bajo el arbitraje CIADI, o bajo su Mecanismo Complementario, mientras Venezuela se adhería al Convenio de Washington.

¹¹⁸ Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-PaisesBajos.pdf>.

De igual forma, otro dato particular de este TBI es que a diferencia de la generalidad no establece un plazo de negociación entre las partes antes de someter la controversia a arbitraje.

En abril de 2008 Venezuela suscribió una nota de terminación del tratado, lo que impidió la renovación del mismo, y puso en vigencia la aplicación de la cláusula de supervivencia por un lapso de quince años que comenzaron a contarse a partir del 01 de noviembre de 2008. En base a esta cláusula de supervivencia, las inversiones realizadas antes de la terminación del tratado siguen protegidas durante los quince años siguientes.

TBI Paraguay – Venezuela¹¹⁹

La cláusula de solución de controversias del TBI Paraguay – Venezuela contempla lo siguiente:

Artículo 9: Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante

1. Toda controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento del presente Convenio en relación con una inversión de aquel, será resuelta, en lo posible en consultas amistosas.
2. Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses, a partir de la fecha de solicitud de arreglo de la diferencia, el inversor puede someter la disputa, o bien a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante, en cuyo territorio se realizó la inversión, o bien el arbitraje internacional.
3. El arbitraje internacional a que se refiere el presente párrafo se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la Convención relativa al Arreglo de diferencias entre Estado y Nacionales de otro Estado, abierto a la firma en Washington D.C., el 18 de marzo de 1965. Si por el cualquier motivo no estuviere disponible C.I.A.D.I., el arbitraje se efectuará de conformidad con las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantiles Internacional (C.N.U.DE.M.I.).

¹¹⁹ Ley aprobatoria del 29 de septiembre de 1997 publicada en Gaceta Oficial N° 36.301. El TBI entró en vigencia el 14 de noviembre de 1997.

4. Una vez que el inversor hubiese sometido la controversia a la jurisdicción del Estado Parte implicado o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de estos procedimientos será definitiva. (...) ¹²⁰

Como se observa, este Acuerdo establece un lapso obligatorio de seis meses de consultas amistosas entre las partes en disputa, y posteriormente, abre la posibilidad al inversor de acudir ante la jurisdicción nacional o al arbitraje internacional a través del mecanismo CIADI, o subsidiariamente, ante un tribunal ad hoc bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin referencia alguna al Mecanismo Complementario del Convenio de Washington.

TBI Perú – Venezuela ¹²¹

El Tratado firmado con Perú regula la solución de controversias conforme al siguiente artículo:

Artículo 10: Arreglo de controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante

1. Las controversias que surgieren entre un nacional o sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta del presente Convenio, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
2. Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición del nacional o sociedad de que se trate:
 - a. Al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión; o
 - b. A arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", firmado en Washington el 18 de marzo de 1965; o, según el caso, al

¹²⁰ Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Paraguay. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Paraguay.pdf>.

¹²¹ Ley aprobatoria del 11 de agosto de 1997 publicada en Gaceta Oficial N° 36.266. El TBI entró en vigencia el 18 de septiembre de 1997.

Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI. En caso de no estar disponible el CIADI ni el Mecanismo Complementario, la controversia se someterá, a petición del nacional o sociedad, a arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

3. Una vez que se haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. (...) ¹²²

En este sentido, como la generalidad de los tratados establece un lapso de solución amistosa de seis meses, luego del cual el inversor elegirá entre someter la controversia a los tribunales nacionales, al arbitraje del CIADI, o su Mecanismo Complementario. Este Tratado hace mención que en caso de no estar disponible estos mecanismos de solución de controversias, la controversia se someterá a solicitud del inversor a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Portugal – Venezuela ¹²³

Este tratado bilateral regula la solución de controversias bajo los siguientes términos:

Artículo 8

1. Las diferencias respecto a la aplicación de este Acuerdo que surjan entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de otra Parte Contratante, que haya realizado inversiones en el territorio de la primera serán, en la medida de lo posible solucionadas por medio de consultas amistosas.

¹²² Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Peru.pdf>.

¹²³ Ley aprobatoria del 26 de enero de 1995 publicada en Gaceta Oficial N° 4.846 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 07 de octubre 1995.

2. Si la diferencia no puede ser resuelta de forma amistosa dentro del plazo de seis (6) meses, contados a partir del inicio de esas consultas, podrá ser sometida a elección del inversionista:

- a) A los Tribunales locales de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o
- b) Al arbitraje del “Centro Internacional para Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones” (CIADI) establecidos por la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965, en caso en que ambas Partes Contratantes sean parte de él, o, si fuere el caso, a las reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de hechos por la Secretaría del CIADI. Si por cualquier motivo no estuviera disponible el CIADI ni el Mecanismo Complementario, el arbitraje se regirá por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL). (...) ¹²⁴

En este orden de ideas, este Acuerdo establece un periodo de negociaciones de seis meses, luego del cual a elección del inversionista la controversia podrá ser sometida a los tribunales nacionales o al CIADI o su mecanismo complementario, sujeto a la condición de que ambos Estados sean parte del Convenio de Washington, en su defecto, la controversia se someterá a un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Reino Unido – Venezuela ¹²⁵

Este TBI establece un plazo de solución amistosa de tres meses, luego del cual la controversia podrá, a facultad del inversor, ser sujeta al arbitraje internacional del CIADI o su Mecanismo Complementario, o en caso de no estar disponible el Centro, las partes podrán acordar someter la controversia a un tribunal arbitral ad hoc bajo las reglas de la CNUDMI.

De esta forma, la cláusula en cuestión establece lo siguiente:

¹²⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Portuguesa para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Portugal.pdf>.

¹²⁵ Ley aprobatoria del 30 de julio de 1996 publicada en Gaceta Oficial N° 36.010. El TBI entró en vigencia el 01 de agosto de 1996.

Artículo 8: Solución de Controversias entre un Inversor y un Estado Receptor

- (1) Las controversias que surjan entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en lo concerniente a una obligación de ésta según el presente Convenio en relación con una inversión de dicho nacional o sociedad y que no sean resueltas amigablemente, se someterán, después de un período de tres meses contados a partir de la presentación por escrito de la reclamación, a arbitraje internacional si así lo desea el nacional o sociedad interesado.
- (2) En caso de que la controversia sea sometida a arbitraje internacional, el nacional o la sociedad interesado podrá decidir someter la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado “El Centro”) de conformidad con las disposiciones, según sean aplicables, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, y del Mecanismo Complementario para la administración de los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Encuesta. Si por cualquier motivo no estuviere disponible el arbitraje en el Centro, o si así lo acordaren las partes en la controversia, ésta se someterá, a petición del nacional o sociedad interesados, a un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad-hoc que se designará por acuerdo especial o que se establecerá de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional. (...) (Subrayado nuestro)¹²⁶

Al analizar la redacción de este tratado, observamos ciertas diferencias con los tratados anteriores, siendo que este acuerdo no establece un derecho para el inversor de acudir al arbitraje CIADI, sino un potencial acceso al mecanismo arbitral, bajo la redacción: el inversor “podrá decidir someter”, contempla una oferta de arbitraje revocable, y difiere de la redacción del consentimiento incondicional: “el inversor someterá”. Como veremos posteriormente, la denuncia del Convenio afectó significativamente el acceso al mecanismo de CIADI de este Tratado.

¹²⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, suscrito en Londres el 15 de marzo de 1995. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-GranBretana.pdf>.

TBI República Checa – Venezuela¹²⁷

La cláusula de solución de controversias de este TBI contempla los siguientes mecanismos:

Artículo 8: Solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante

1. Cualquier controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto de una obligación de la última bajo este acuerdo en relación con una inversión en su territorio, será sometida a negociaciones entre las partes en disputa.
2. Si una controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante no puede ser resuelta en un período de seis meses, y a menos que las partes en disputa acuerden otro procedimiento, el inversor podrá someter el caso al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de conformidad con las disposiciones de la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de Marzo de 1965, en caso de que ambas Partes Contratantes se hayan hecho parte de esta Convención, o, si sólo una de las Partes Contratantes es parte de la Convención, al Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Encuesta del CIADI.
3. Si por alguna razón ni el CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles y a menos que las partes en controversia acuerden otro procedimiento, el inversor podrá someter la controversia a un árbitro o a un tribunal internacional arbitral ad-hoc establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Las partes en la controversia pueden acordar por escrito la modificación de estas reglas. El laudo arbitral será definitivo y obligatorio para ambas partes en la controversia. (...) ¹²⁸

¹²⁷ Ley aprobatoria del 17 de julio de 1996 publicada en Gaceta Oficial N° 36.002. El TBI entró en vigencia el 23 de julio de 1996.

¹²⁸ Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito en Caracas el 27 de abril de 1995. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-RepublicaCheca.pdf>.

Este tratado establece un período de negociaciones amistosas de seis meses, luego del cual salvo acuerdo en contrario de las partes, el inversor podrá someter la controversia al CIADI, siempre que ambas hayan ratificado el Convenio, o si sólo una de ellas ha ratificado el Convenio la disputa se someterá al Mecanismo Complementario.

En caso de que el CIADI o su Mecanismo Complementario no estuvieren disponibles, y salvo que las partes acuerden en contrario, el inversor podrá someter la disputa a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

TBI Rusia – Venezuela¹²⁹

Este Acuerdo firmado en el año 2008, forma parte de la nueva era de tratados que no contemplan al CIADI dentro de su cláusula de solución de controversias, por el contrario establece como mecanismos a los tribunales nacionales, un tribunal ad hoc constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Al no contemplar al CIADI como mecanismo de solución de controversias, este TBI no resulta relevante para nuestro análisis.

TBI Suecia – Venezuela¹³⁰

Este tratado bilateral contempla en su cláusula de solución de controversias lo siguiente:

Artículo 7: Controversias entre un Inversor y una Parte Contratante

- (1) Las controversias que surjan entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo este Acuerdo en relación con una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del inversor involucrado, ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para un arreglo mediante arbitraje o conciliación de conformidad con la Convención sobre Arreglo de Diferencias

¹²⁹ Ley aprobatoria del 07 de noviembre de 2008 publicada en Gaceta Oficial N° 39.191. El TBI entró en vigencia el 26 de octubre de 2009.

¹³⁰ Ley aprobatoria del 18 de diciembre de 1997 publicada en Gaceta Oficial N° 5.192 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 05 de enero de 1998.

Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

- (2) Si por alguna razón el CIADI no estuviere disponible, el inversor podrá someter la controversia a un tribunal ad hoc establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Las Partes en la controversia podrán acordar modificar estas reglas.
- (3) El laudo arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la Parte Contratante de que se trate de cualquiera de sus obligaciones en virtud de este Acuerdo, si tal incumplimiento de sus obligaciones ha causado daño al inversor involucrado, y, si es el caso, el monto de la compensación.
- (4) Cada Parte Contratante mediante el presente otorgan su consentimiento incondicional a someter las controversias referidas en el párrafo (1) del presente artículo a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones del presente artículo.
El consentimiento dado por cada una de las Partes Contratantes en el presente artículo y el sometimiento de la controversia por un inversor de conformidad con ese artículo satisfacerá los requerimientos de:
 - a) Capítulo II de la Convención de Washington (Jurisdicción del Centro) para el consentimiento por escrito de las partes en una controversia.
 - b) Artículo 1 de las reglas de arbitraje de la CNUDMI para un acuerdo por escrito en referencia a arbitraje por las partes en un contrato; y
 - c) Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Cumplimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, para “un acuerdo por escrito”. (...) ¹³¹ (Subrayado nuestro)

Este Tratado sin plazo de solución amistosa, establece en su cláusula de solución de controversias la posibilidad de someter las disputas al mecanismo de arbitraje o conciliación del CIADI, y subsidiariamente, en caso de no estar disponible el CIADI, a un tribunal ad hoc establecido según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

¹³¹ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Suecia.pdf>.

De igual forma, contempla expresamente el carácter incondicional del consentimiento de las partes, el cual además especifica que satisface los requerimientos para la jurisdicción del CIADI, exigidos por el Convenio de Washington.

Por otra parte, también establece que las partes pueden pactar en contrario, modificando las reglas de solución de controversias contenidas en este TBI.

TBI Suiza – Venezuela¹³²

La cláusula de solución de controversias de este tratado establece:

Artículo 9: Controversias entre una Parte Contratante y un Inversor de la Otra Parte Contratante

1. Con miras a una solución amistosa de cualquier controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, se celebrarán consultas entre las partes afectadas.
2. De no lograrse una solución amistosa dentro de los seis meses desde la fecha de solicitud para celebrar las consultas, el inversor podrá someter las disputas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.
3. Las partes en la controversia podrán por mutuo acuerdo y como alternativa al arbitraje de CIADI, recurrir a un tribunal arbitral ad-hoc, que, salvo que las partes en la controversia acuerden otra cosa, será regido por las Reglas para Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL). Dicho arbitraje se efectuará en cualquier caso si por cualquier motivo no estuviere disponible el arbitraje de CIADI. (...)¹³³

Este TBI contempla un período de solución amistosa de seis meses, luego del cual el inversor podrá someter la disputa al mecanismo arbitral del CIADI. Sin embargo, las partes de mutuo acuerdo podrán como alternativa al CIADI

¹³² Ley aprobatoria del 01 de noviembre de 1994 publicada en Gaceta Oficial N° 4.801 Extraordinaria. El TBI entró en vigencia el 30 de noviembre de 1994.

¹³³ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Suiza.pdf>.

recurrir a un tribunal arbitral ad hoc, que salvo acuerdo en contrario, se conformará según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; también recurrirán a este tribunal ad hoc en caso de no estar disponible el CIADI.

TBI Uruguay – Venezuela¹³⁴

Este tratado en su cláusula de solución de controversias contempla los siguientes mecanismos para el inversor:

Artículo 9: Controversias entre un Inversor de una Parte Contratante y la Otra Contratante

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

El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante no podrá luego recurrir al arbitraje, a menos que se produzca una denegación de justicia según las normas y criterios del Derecho Internacional.

El arbitraje se efectuará en el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones, C.I.A.D.I., de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 o, de ser el caso, de conformidad con las reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del C.I.A.D.I.

Si por cualquier motivo no estuvieran disponibles el C.I.A.D.I. ni el Mecanismo Complementario, el inversor podrá someter la controversia a arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En cualquier caso, la jurisdicción del tribunal arbitral se limitará a determinar si la Parte Contratante de que se trata ha incumplido alguna obligación establecida en el presente Acuerdo y, si tal incumplimiento ha ocurrido y ha causado daños al inversor, a fijar la suma que deberá

¹³⁴ Ley aprobatoria del 18 de agosto de 1998 publicada en Gaceta Oficial N° 36.519. El TBI entró en vigencia el 18 de enero de 2002.

pagar la Parte Contratante al inversor como indemnización por tales daños.

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

El inversor y la Parte Contratante de que se trate podrán acordar cualquier otro medio de solución de las controversias que surjan entre ellos. (Subrayado nuestro)¹³⁵

Como podemos observar, este acuerdo establece la opción de someter las controversias no resueltas amistosamente, ante los tribunales nacionales o al arbitraje, en cuyo caso se efectuará ante el CIADI o su Mecanismo Complementario, y subsidiariamente, en caso de no estar disponible este último, el inversor podrá recurrir a un tribunal arbitral ad hoc conformado según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

La cláusula de este TBI prevé expresamente un consentimiento incondicional al arbitraje, y asimismo, contempla la posibilidad de que las Partes pacten en contrario mediante acuerdo pudiendo establecer otro medio para solucionar las controversias.

TBI Vietnam – Venezuela¹³⁶

En el marco de este TBI no se contempló al CIADI como mecanismo de solución de controversias, sino que establece los tribunales nacionales, un tribunal ad hoc conformado según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o cualquier otro arbitraje ad hoc internacional. Por lo que a efectos de esta investigación este TBI no resulta relevante.

¹³⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Uruguay.pdf>.

¹³⁶ Ley aprobatoria del 04 de mayo de 2009 publicada en Gaceta Oficial N° 39.170. El TBI entró en vigencia el 17 de junio de 2009.

Conclusiones

Una vez examinadas las cláusulas de solución de controversias de los TBI vigentes, observamos que de los veintiséis tratados vigentes para Venezuela, veintiuno de ellos contemplan al CIADI como mecanismo arbitral.¹³⁷

Asimismo, en doce de estos TBI la redacción de la cláusula de solución de controversias sugiere un consentimiento incondicional al CIADI,¹³⁸ mientras que nueve tratados contemplan un consentimiento condicionado,¹³⁹ sujeto a la ratificación del Convenio por parte de los Estados parte, o bien a la condición de que ambos Estados parte continúen siendo miembros del Convenio de Washington.

Como desarrollaremos en el Capítulo III de esta investigación la redacción de la cláusula de solución de controversias determinará la vigencia del mecanismo CIADI para los Estados parte en el TBI, luego de la denuncia del Convenio de Washington.

¹³⁷ Los TBI de Alemania, Argentina, Chile, Barbados, Canadá, Chile, Costa Rica, Unión Belga Luxemburguesa, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Lituania. Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay.

¹³⁸ Los TBI suscritos por Alemania, Argentina, Chile, Francia, Lituania. Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia, Suiza, la Unión Belgo/Luxemburguesa y Uruguay.

¹³⁹ Los TBI suscritos con Barbados, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Reino Unido, República Checa y Portugal.

CAPÍTULO II

La relación entre los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington y la cláusula de solución de controversias Estado-inversor del TBI

a. Relación histórica entre el Convenio de Washington y los TBI

El Convenio de Washington surgió bajo los auspicios del Banco Mundial, en aras de consolidar un mecanismo de solución de controversias institucionalizado, que permitiera sustituir el arbitraje ad-hoc de la época y la engorrosa práctica de la protección diplomática.

La redacción del Convenio comenzó en 1961 y en ella participaron activamente los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, grupos de expertos y delegaciones enviadas por los países miembros, finalmente en el año 1966 el texto fue ratificado por más de 20 Estados¹⁴⁰ y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966. Con anterioridad a esa fecha el Banco Mundial bajo la figura de su Presidente había ejercido el rol de mediador en la solución de controversias de un gran número de casos, entre ellos el de la nacionalización del Canal de Suez por parte de Egipto en 1956.¹⁴¹

Para el momento de la negociación del Convenio de Washington la relación entre los inversores y los Estados receptores eran fundamentalmente de tipo contractual,¹⁴² en cuyos contratos, algunos de ellos contratos de concesión, se establecían cláusulas arbitrales que permitían el acceso del inversor a arbitrajes ad hoc.

En este contexto, que debe ser tomado en consideración al momento de interpretar las disposiciones del Convenio, era frecuente la práctica de los

¹⁴⁰ Para mayor detalle sobre el proceso de formación del Convenio de Washington, consultar la lectura de BROCHES, Aron: "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States". *Recueil des Cours*, Vol. 136 (1972-II). La Haya, Academia de Derecho Internacional de La Haya, p. 331-410.

¹⁴¹ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op.cit.*", p. 5.

¹⁴² TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, N° 1, 2009, p. 15.

Estados de rescindir unilateralmente el contrato y, en consecuencia, la cláusula arbitral, frustrando la posibilidad del inversor de acceder al arbitraje.

Por ello, el objeto del Convenio de Washington fue el de crear las condiciones normativas necesarias que otorgaran estabilidad al inversor en su acceso al arbitraje, constituyendo el artículo 72 una salvaguarda que busca fortalecer las provisiones del tratado frente a potenciales denuncias por parte de los Estados.

En este sentido, desde el momento de la redacción del Convenio hasta la actualidad ha habido cambios en la estructura y cronología del consentimiento otorgado por las partes al arbitraje, los cuales deben ser tomados en consideración al momento de interpretar el artículo 72.

Para el momento en que se redactó el artículo en cuestión el consentimiento de ambas partes, por lo general era otorgado de forma simultánea mediante un contrato, a diferencia de la dinámica actual donde el consentimiento de las partes está contenido en instrumentos diferentes y ocurre en momentos muy separados cronológicamente entre sí. En el caso de los TBI, el consentimiento del Estado receptor data de la fecha de entrada en vigor del tratado, mientras que el del inversor es posterior, y generalmente se otorga una vez que surge la controversia.¹⁴³

Para la época de entrada en vigencia del Convenio recientemente se habían concretado en 1959 los dos primeros TBI firmados por Alemania con Pakistán y otro por Alemania y República Dominicana,¹⁴⁴ sin embargo, en sus cláusulas no se contemplaban directamente derechos independientes de los inversores de acceder al arbitraje, a diferencia de los TBI actuales.¹⁴⁵

Estos cambios en la estructura y cronología del consentimiento deben ser tomados en consideración al momento de interpretar el Convenio, siendo que

¹⁴³ *Ibid.*, p. 19 y 20.

¹⁴⁴ VANDEVELDE, Kenneth J.: "A Brief History of International Investment..." *op.cit.* p.169.

¹⁴⁵ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between..." *op.cit.*, p. 7.

la redacción del artículo 72 estuvo adecuada a casos donde el consentimiento de ambas partes ocurría prácticamente en simultáneo.

Igualmente, teniendo en cuenta que el objeto y propósito del Convenio fue el de asegurar el marco normativo al inversor que permitiera garantizarle el acceso al arbitraje, debemos analizarlo bajo el principio de interpretación dinámica y evolutiva de los tratados, como señalan los autores Nowrot, Tietje y Wackernagel.¹⁴⁶

Ahora bien, en los casos donde el consentimiento de cada parte ocurre en momentos separados debemos tomar en consideración que ambas expresiones no pierden su naturaleza vinculante, y una vez que ambos ocurren se materializan las condiciones para someter la controversia a arbitraje, ello en aplicación del principio *pactum de contrahendo*.¹⁴⁷

Por otra parte, es necesario destacar que en nuestra investigación hemos conseguido referencias a los trabajos preparatorios y a las discusiones de los delegados que participaron en la redacción del Convenio, en las cuales se hace referencia a la respuesta dada por Aron Broches,¹⁴⁸ en torno a la posibilidad de que un Estado revocara unilateralmente una declaración general hecha en favor de su sumisión al Centro, en referencia a una ley nacional o un TBI. En este sentido, Broches expuso que dicha declaración podía ser revocada unilateralmente y ningún inversor podría acudir al Centro, salvo aquellos que hubieran consentido previamente antes de la revocatoria de la declaración.¹⁴⁹

¹⁴⁶ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, pp. 21- 22.

¹⁴⁷ Warguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi contra la República Árabe de Egipto. (Caso CIADI N° ARB/05/15). Decisión sobre jurisdicción del 11 de abril de 2007, Voto parcialmente disidente de Francisco Orrego Vicuña, pp. 63-65.

¹⁴⁸ Aron Broches se desempeñaba como Consultor General del Banco Mundial y encabezaba la redacción del proyecto de artículos.

¹⁴⁹ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op. cit.*, p 16 y 17. TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 26.

Así, Broches sostuvo que el consentimiento de cada una partes sólo era irrevocable cuando ambas habían otorgado el consentimiento.¹⁵⁰

Con relación a este razonamiento, nos acogemos a la interpretación que los autores Nolan y Sourgens y Tietje, Nowrot y Wackernagel dan a esta declaración de Aron Broches, según la cual afirman que tal afirmación la realiza Broches sólo en el marco del Convenio, sin considerar la naturaleza del consentimiento dado en un TBI o en una ley nacional, ni las limitaciones que existen fuera del Convenio a la revocabilidad del consentimiento según el instrumento que lo contenga.

En este sentido, tal y como expusimos previamente el consentimiento expresado en el TBI se rige y se interpreta bajo el derecho de los tratados, y cada TBI determina en su cláusula de solución de controversias la vigencia y condiciones del consentimiento dado por los Estados Parte, por lo que la denuncia del Convenio no puede significar necesariamente la derogación de los términos contenidos en el TBI.

En síntesis, la interpretación del artículo 72 debe considerar el contexto histórico existente para el momento de la redacción del Convenio el cual difiere de la realidad actual en cuanto a la estructura y cronología del consentimiento, atendiendo además a que cada instrumento que contiene el consentimiento de las partes presenta una naturaleza particular que determina a su vez su interpretación y vigencia.

b. Postura de los autores

i. El análisis de los artículos 71 y 72

El artículo 71 del Convenio de Washington es la disposición que regula la denuncia del tratado contemplando que esta surte efectos una vez transcurridos seis meses desde la notificación de dicha denuncia al depositario del Tratado, es decir, al Banco Mundial.

¹⁵⁰ BROCHES, Aron: "The Convention... *op. cit.*, p. 353.

“Artículo 71: Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”

Por su parte, el artículo 72 se refiere a las consecuencias de dicha denuncia y actúa como cláusula de supervivencia del Convenio,¹⁵¹ extendiendo la vigencia de ciertos derechos y obligaciones surgidos durante la vigencia del Convenio bajo determinados supuestos.

En este sentido, el artículo 72 reza de la siguiente manera:

“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.”

Como podemos observar existe una aparente contradicción entre los artículos 71 y 72, ya que si bien la denuncia no surte efectos sino seis meses después de su notificación, el artículo 72 parece omitir dicho lapso, protegiendo los derechos y obligaciones nacidos antes de la fecha de notificación de la denuncia.

Esta contradicción ha ocasionado un intenso debate doctrinal acerca de los efectos prácticos de la denuncia, sobre la vigencia de derechos y obligaciones surgidos antes de la notificación de la denuncia, o durante los seis meses posteriores a la notificación y su vigencia luego de transcurrido dicho lapso.

En este sentido, la doctrina ha mantenido diversas posiciones que varían según el significado dado al consentimiento requerido por el artículo 72: consentimiento mutuo o unilateral, y según la fecha crítica o de efectividad de los efectos de la denuncia.

¹⁵¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando: “La denuncia... *op.cit.*, p. 209.

La importancia de la fecha crítica viene dada porque antes de ella el consentimiento unilateral o mutuo, debió ser otorgado o perfeccionado, según la postura que se adopte, para poder generar derechos y obligaciones que mantengan su vigencia después de la denuncia.

En este orden de ideas, Victorino Tejera sintetiza las posturas de los autores como: aquellos que sostienen que la denuncia se hace efectiva inmediatamente luego de su notificación,¹⁵² quienes opinan que dentro del lapso adicional de seis meses se pueden invocar y perfeccionar las ofertas de arbitraje ya existentes,¹⁵³ y finalmente, los que mantienen que podría someterse al Estado al arbitraje aún después del lapso de seis meses, siempre que exista una obligación vigente que pueda ser exigible, como por ejemplo, en el marco de un TBI.¹⁵⁴

Sin embargo, si pretendemos analizar los efectos de la denuncia del Convenio sobre las cláusulas de solución de controversias de los TBI vigentes, debemos considerar otro factor, valga decir, cuál es la vinculación existente entre el Convenio de Washington y los TBI.

Bajo el enfoque de muchos autores, la denuncia del Convenio no afecta la vigencia de las ofertas o del consentimiento previo contenido en los TBI, pues en efecto, éstos son tratados autónomos e independientes.¹⁵⁵

Por otra parte, el Convenio CIADI no contiene ninguna oferta de arbitraje, por lo cual no genera ningún derecho para los inversionistas ni obligación para el Estado de ofrecer el arbitraje.¹⁵⁶

¹⁵² Esta postura es sostenida por Christoph Schreuer, Roberto Castro de Figuereido y Julien Fouret.

¹⁵³ La segunda postura es defendida por Sebastian Manciaux, Victorino Tejera y Emmanuel Gaillard.

¹⁵⁴ Bajo esta posición tenemos a Fernando Mantilla-Serrano, Nolan y Sourgens, Tietje, Nowrot y Wackernagel y Oscar Garibaldi.

¹⁵⁵ Afirmación tomada de la lectura de MEZGRAVIS, Andrés A.: "El estándar de interpretación... *op. cit.*, p. 857. Igualmente sustentada por GAILLARD, Emmanuel: "The Denunciation... *op. cit.* MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op. cit.* NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op. cit.* GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*

¹⁵⁶ MEZGRAVIS, Andrés A.: "El estándar de interpretación... *op. cit.*, p. 857. MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C.: "Denunciation of the... *op. cit.*, p. 11.

La jurisdicción del CIADI tiene su base en el consentimiento de las partes de la controversia,¹⁵⁷ por ello, el consentimiento no constituye una mera formalidad sino una característica esencial del sistema arbitral del Centro.¹⁵⁸

Por lo que, el Estado sólo se obliga a la jurisdicción del CIADI cuando suscribe una oferta, un acuerdo de arbitraje o expresa su consentimiento a través de un TBI, ley nacional o contrato, donde somete a dicho Centro las controversias que surjan sobre determinadas inversiones extranjeras.

Por ello la denuncia del Convenio de Washington no puede constituir una revocatoria de una oferta o consentimiento a arbitrar. Sin embargo, para recurrir al arbitraje CIADI el Estado receptor de la inversión y el Estado nacional del inversor, deben ser parte de dicho Convenio, por consiguiente, surgen dudas con relación al efecto de la denuncia sobre las ofertas de arbitraje contenidas en las cláusulas de solución de controversias de los TBI que permanecen vigentes para el Estado denunciante.

En este sentido, el debate debe considerar varios aspectos: la temporalidad de los efectos de la denuncia, el significado dado al consentimiento requerido por el artículo 72 y la vinculación existente entre el Convenio de Washington y los TBI.

En el marco de este capítulo se determinará cuáles obligaciones y derechos siguen vigentes con posterioridad a la denuncia, el momento en que dichas obligaciones y derechos debieron surgir para quedar protegidos, si las cláusulas de solución de controversias de los TBI se encuentran dentro de los supuestos del artículo 72, y si para la vigencia de éstas dicho artículo exige el consentimiento previo de ambas partes en la controversia o basta con el consentimiento dado por una sola de ellas.

¹⁵⁷ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁸ BROCHES, Aron: "The Convention... *op. cit.*, p. 352.

ii. *El artículo 72 entendido como consentimiento mutuo antes de la notificación de la denuncia*

Bajo esta posición encontramos a *Roberto Castro de Figueiredo, Christoph Schreuer y Julien Fouret*, para los cuales se requiere el perfeccionamiento del consentimiento de ambas partes antes de la denuncia, por cuanto recordemos que para estos autores, mientras el consentimiento no se perfeccione constituye una oferta de arbitraje revocable, que no puede por lo tanto, escapar a los efectos de la denuncia.

En este sentido, *Roberto Castro de Figueiredo* considera que el artículo 72 requiere del consentimiento de ambas partes para que los derechos y obligaciones a que hace referencia, sobrevivan a la denuncia del Convenio de Washington.

En palabras del autor, el consentimiento se perfecciona cuando ambas partes han expresado su voluntad.¹⁵⁹ Por ello, la cláusula de solución de controversias del TBI constituye una oferta por parte del Estado, que no genera derecho a la jurisdicción del CIADI.

Esta oferta incluida en la cláusula del TBI sólo puede ser aceptada por el inversor antes de que la notificación de la denuncia sea recibida; caso contrario, la oferta sigue siendo válida, pero pierde efectividad.¹⁶⁰

Bajo la óptica de Castro de Figueiredo, la redacción de los artículos 71 y 72 sugiere la existencia de dos regímenes:¹⁶¹

- El primero que versa sobre los derechos y obligaciones del Estado como parte contratante del Convenio, que conforme al artículo 71 permanecen vigentes por un período de seis meses luego de la notificación de la denuncia;

¹⁵⁹ CASTRO DE FIGUEIREDO, Roberto: "Euro Telecom v. Bolivia: The denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs". *Transnational Dispute Management* Vol. 6, 2009, p. 9.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

- El segundo que se refiere a los derechos y obligaciones que ostenta el Estado como contraparte en una disputa, que permanecerán vigentes durante el plazo del artículo 71, siempre y cuando se haya perfeccionado el consentimiento para la jurisdicción del CIADI, es decir, concurren las voluntades de ambas partes antes de la denuncia.

Por consiguiente, el consentimiento de las partes en la disputa no puede perfeccionarse dentro del plazo de seis meses a que se refiere el artículo 71 del Convenio, sino que debe darse con anterioridad a la denuncia.¹⁶²

En palabras de *Christoph Schreuer*, los derechos y obligaciones que surjan del consentimiento están preservados por el artículo 72, que les otorga validez más allá de la denuncia, siempre que dicho consentimiento se haya perfeccionado por escrito antes de la notificación de la denuncia.¹⁶³

Schreuer considera que el consentimiento sólo se perfecciona una vez que ambas partes han expresado su voluntad por escrito, es decir, las ofertas unilaterales contempladas en un tratado o en una legislación nacional no constituyen el consentimiento requerido por el artículo 72.

De igual forma, señala el autor que el consentimiento debe perfeccionarse antes de la notificación de la denuncia, por lo que no resulta válida la aceptación dada dentro de período de seis meses contemplado en el artículo 71.¹⁶⁴

Posteriormente, Schreuer en la segunda edición de “*The ICSID Convention: A Commentary*” amplía sus argumentos con relación a la interpretación del artículo 72, siendo que para el momento de la segunda edición Bolivia había denunciado Convenio. Así, sostiene que una simple oferta hecha mediante tratado o legislación nacional no genera ningún derecho ni obligación bajo el Convenio, las obligaciones o derechos surgirían en el marco del TBI, ya que

¹⁶² *Ibid.*, p. 20.

¹⁶³ SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention... op. cit.*, pp. 1285-1286. SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 257 ¶ 609.

¹⁶⁴ SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 1286.

el artículo 72 del Convenio sólo se refiere al consentimiento perfeccionado, es decir, luego de que ambas partes han consentido.¹⁶⁵

El autor sostiene que para el artículo 72 la fecha relevante es aquella en la que el depositario recibió la notificación por parte del Estado denunciante, por lo cual el plazo del artículo 71 no constituye una oportunidad para perfeccionar el consentimiento,¹⁶⁶ sino un lapso de tiempo establecido para que el Estado denunciante respete las inmunidades y privilegios del Centro y la ejecutabilidad de los laudos derivados de tribunales arbitrales CIADI;¹⁶⁷ los derechos y obligaciones que mantienen su vigencia no están relacionados con los que surgen del consentimiento.

En este sentido, la oferta hecha por el Estado deja de ser efectiva desde el momento en que se notifica la denuncia, al no haberse perfeccionado, no existen derechos ni obligaciones que el artículo 72 deba proteger.

En la nueva edición de su trabajo, el autor reitera que el consentimiento debe haberse perfeccionado antes de la denuncia para sobrevivir a ésta, por lo que el autor sugiere a los inversores realizar la aceptación de forma anticipada en términos generales, en aras de perfeccionar el consentimiento y así salvaguardar sus derechos y obligaciones.¹⁶⁸

Igualmente, Scheurer acepta que puede haber una interpretación diferente basada en la interpretación literal de la expresión del artículo 72, donde el consentimiento “dado por alguno de ellos” puede referirse al consentimiento unilateral del Estado receptor de la inversión, sus subdivisiones o agencias, y no a la manifestación del consentimiento mutuo del Estado y el inversor.¹⁶⁹

Bajo esta interpretación Scheurer reconoce la postura de otros autores que veremos más adelante, según la cual el inversor mantendría su derecho de

¹⁶⁵ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 1280 ¶ 5.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 1281 ¶ 6.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1278 ¶ 4.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1281 ¶ 7.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 1281 ¶ 8.

aceptar la oferta del Estado, mientras esté vigente, aún después de la notificación de la denuncia, sin quedar sujeto al plazo de seis meses del artículo 71. Para escapar de los efectos del artículo 72 el Estado debería entonces enmendar la legislación o denunciar el TBI que contenga la oferta, este último retiro de la oferta sería mucho más complejo y tendría que estar en consonancia con el Derecho de los Tratados.¹⁷⁰

Para Schreuer esta interpretación arrojaría resultados inusuales o insólitos que variarían según cuáles derechos y obligaciones se consideren que surgen del consentimiento a la jurisdicción del Centro.¹⁷¹

Aun cuando para Schreuer resulte absurdo exigir al Estado que para escapar a los efectos del artículo 72, deba denunciar cada tratado bilateral y estar en consonancia con el derecho de los tratados, en nuestra opinión, los tratados como instrumentos de Derecho Internacional Público que establecen obligaciones entre los Estados poseen mecanismos para salvaguardar las obligaciones y derechos que contienen, dar seguridad jurídica y proteger la exigibilidad de los mismos, por lo que considerar la derogación de sus previsiones, como sería la cláusula de solución de controversias, mediante un mecanismo ajeno al tratado resultaría en una pérdida de eficacia del mismo, en contravención con el derecho de los tratados.

Por su parte, Julien Fouret seguidor de la postura de Scheurer, destaca que el Convenio de Washington es un tratado procedimental, por lo cual su denuncia lidia con procedimientos en curso y resulta más compleja que denunciar un tratado que sólo contenga disposiciones sustantivas.

Fouret afirma que durante el plazo de seis meses después de la notificación de la denuncia no puede perfeccionarse el consentimiento, ya que permitir la aceptación de la oferta durante dicho plazo establecido por el artículo 71,

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 1281 ¶ 9.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 1281 ¶ 11.

sabiendo que el Estado ya denunció el tratado, constituiría una actuación contraria a la buena fe.¹⁷²

El periodo de seis meses para Fouret tiene como finalidad que todos los Estados Parte del Convenio sean notificados de la denuncia, y que adicionalmente, los procedimientos aun en curso finalicen durante dicho periodo, más no para perfeccionar las ofertas del Estado denunciante.¹⁷³

El artículo 71 establece la explicación del procedimiento de denuncia a seguir, mientras que el artículo 72 establece las consecuencias de la denuncia, que en combinación con el artículo 25.1, cumple la función de cláusula de estabilización que previene de la revocatoria unilateral y arbitraria del consentimiento a arbitrar.¹⁷⁴

Bajo la posición de Fouret, para definir qué debe entenderse por consentimiento debemos recurrir al Convenio de Washington, y no a la cláusula del TBI como plantean otros autores; aun cuando los TBI hayan proliferado no deben alterar la voluntad de los redactores del Convenio, quienes sostuvieron que una afirmación de carácter general contenida en un TBI no podía constituir un consentimiento mutuo, siendo que no incluye el consentimiento del inversor.¹⁷⁵ Por lo que, pretender considerar la cláusula de solución de controversias como consentimiento, sería ir en contra del espíritu y propósito del Convenio CIADI, creando una jurisdicción obligatoria ante el CIADI aún para aquellos Estados que hubieren decidido expresamente retirarse de dicho sistema, y los artículos 71 y 72 aplicables a la denuncia del Convenio perderían su utilidad.¹⁷⁶

En síntesis, en relación con la interpretación de este grupo de autores sobre el consentimiento requerido como consentimiento mutuo, establecen una relación de complementariedad entre los artículos 25 y 72 del Convenio,

¹⁷² FOURET, Julien: "Denunciation of the Washington Convention... *op. cit.*, p. 75; p. 84.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 83; p. 84.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 87.

siendo que el artículo 72 complementa la protección del artículo 25, garantizando que el consentimiento ya perfeccionado no puede ser retirado unilateralmente luego de la denuncia por parte de un Estado. Sin embargo, debemos señalar que esta postura presenta ciertas flaquezas, siendo que durante el período de seis meses el Estado denunciante se encuentra en una situación de “Parte contratante limitada”, ya que no puede otorgar consentimiento, aun cuando continúa siendo miembro del Convenio.

iii. El artículo 72 entendido como consentimiento mutuo después de la notificación de la denuncia

Bajo esta perspectiva encontramos a Victorino Tejera Pérez y Antonio Parra, para quienes el ámbito de protección del artículo 72 comprende también el consentimiento mutuo perfeccionado después de la fecha de notificación de la denuncia, pero antes de vencer el plazo de seis meses establecido por el artículo 71 del Convenio.

En esta línea de pensamiento, Tejera Pérez expone que una lectura de buena fe de los artículos 71 y 72, arroja como conclusión que el inversionista podría manifestar su consentimiento dentro del lapso de seis meses que estipula el artículo 71, aceptando la oferta contenida en un TBI o en una ley nacional de inversión, perfeccionando el acuerdo de arbitraje, ya que una interpretación contraria despojaría al artículo 71 de todo fin práctico.¹⁷⁷

Para Victorino Tejera la posibilidad de perfeccionar acuerdos dentro del lapso de seis meses en que la denuncia no es aún efectiva, está regulado por las disposiciones del artículo 71.

Bajo la óptica del autor, ambos artículos regulan situaciones diferentes, el artículo 71 determina la fecha en que la denuncia se hace efectiva, mientras que el artículo 72 protege los acuerdos de arbitraje propiamente dichos y busca complementar lo establecido en el artículo 25.1 del Convenio.¹⁷⁸ El

¹⁷⁷ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 130.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p.132.

perfeccionamiento de los acuerdos durante los seis meses posteriores a la notificación no está regulado por el artículo 72, sino que entra bajo la regulación de la segunda parte del artículo 71: “La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.¹⁷⁹

Por último, para Victorino Tejera en contraposición con la postura de Julien Fouret, resultaría contrario a la buena fe permitir a los Estados denunciar el Convenio y desvincularse del mecanismo, dejando sin posibilidades de arbitraje a los inversionistas que ya poseían legítimas expectativas. Para Tejera Pérez, resulta obvio que dicho lapso de seis meses, está disponible para aquellos inversionistas que deseen aceptar alguna oferta de arbitraje, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.¹⁸⁰

Para Sebastián Manciaux, analizado por Victorino Tejera, es posible que el inversionista otorgue su consentimiento al arbitraje después de la denuncia, dentro del lapso de seis meses del artículo 71, ya que la unión del consentimiento durante ese lapso constituirá el consentimiento mutuo protegido por el artículo 25.1 del Convenio de Washington.¹⁸¹

Por su parte, Antonio Parra aborda la evolución que ha sufrido la forma en que se perfecciona el consentimiento, desde el momento de la redacción del Convenio hasta la actualidad, y acepta una interpretación alternativa del artículo 72, en la cual el consentimiento perfeccionado en el período de seis meses después de la denuncia, estaría protegido por el principio contenido en el artículo 70 de la CVDT, según el cual la denuncia de un tratado no afectará ningún derecho u obligación creados durante la ejecución del tratado, antes de que la denuncia surta sus efectos, es decir, seis meses después de recibida la notificación.¹⁸²

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 130.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 134.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 137.

¹⁸² PARRA, Antonio: “Participation in the ICSID Convention”. En *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*. JurisNet, LLC, 2010, p. 392.

Esta postura es la acogida por el tribunal Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela, en su recién emitido laudo de fecha 03 de abril de 2015,¹⁸³ según el cual “una vez que un Estado ha hecho una oferta de arbitraje válida, una de sus principales obligaciones es la de cumplir con la misma, inclusive durante el período de seis meses previsto por el Convenio CIADI para que la denuncia surta efectos”.¹⁸⁴ Según dicho Tribunal, una interpretación distinta iría en contra del sentido común de las disposiciones, “dando un efecto inmediato a la denuncia, en contradicción con el límite temporal que el mismo Convenio CIADI dispone en el Artículo 71”¹⁸⁵. El tribunal sostiene que una interpretación en contrario “llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI.”¹⁸⁶

Por último, dentro de esta tendencia encontramos a la autora venezolana Hildegard Rondón de Sansó, quien considerando que los TBI contienen un mero “ofrecimiento a arbitraje unilateral de un país” que debe ser perfeccionado mediante la solicitud de arbitraje del inversor, concluye que después del lapso de seis meses los inversionistas no podrán presentar solicitudes de arbitraje ante el CIADI ni ante el Mecanismo Complementario, siendo que lo previsto en los TBI no “puede superar la ruptura de la relación jurídica existente entre Venezuela y el organismo internacional.”¹⁸⁷

iv. El artículo 72 como protección de las obligaciones perfeccionadas por los Estados

Andrés Mezgravis defensor de la tesis contractual del consentimiento que protege la irrevocabilidad de la oferta del Estado en los TBI, bajo ciertos supuestos como analizamos en el Capítulo I, aborda la protección del artículo

¹⁸³ Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/12/22). Laudo Arbitral del 03 de abril de 2015.

¹⁸⁴ Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela ... *op. cit.*, párr. 66.

¹⁸⁵ Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela ... *op. cit.*, párr. 62.

¹⁸⁶ Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela ... *op. cit.*, párr. 63.

¹⁸⁷ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Entorno a la denuncia de Venezuela* ... *op. cit.*, p. 193.

72 bajo un enfoque diferente, con especial énfasis en la vinculación entre el Convenio de Washington y el TBI.

Así, en su análisis apunta a la relación existente entre los tratados: el Convenio CIADI versus el TBI, observando dentro de este último dos obligaciones: la obligación bilateral Estado-Estado donde se comprometen a ofrecer arbitraje CIADI a los nacionales de la contraparte y que se perfecciona con la entrada en vigencia del TBI, y la obligación Estado-inversor que surge una vez perfeccionado el acuerdo de arbitraje; ambas obligaciones previas a la denuncia, bajo el enfoque del autor, están protegidas por las disposiciones del artículo 72 del Convenio.¹⁸⁸

Así, la denuncia del Convenio de Washington no puede afectar las obligaciones autónomas e independientes Estado-Estado ya perfeccionadas con la ratificación y entrada en vigencia del TBI, y en base a las cuales, la oferta de arbitraje hacia el inversor sigue vigente y puede ser aceptada en cualquier momento, siempre y cuando esté en vigor el TBI.¹⁸⁹

Igualmente, en el caso de la denuncia del TBI, la protección del tratado se extiende durante el plazo establecido en su cláusula de supervivencia para las inversiones realizadas antes de la denuncia, quienes ya poseen una expectativa legítima,¹⁹⁰ especialmente, en torno al mecanismo de solución de controversias.

v. El artículo 72 entendido como consentimiento unilateral

La mayoría de los autores mantienen esta postura, bajo la cual el artículo 72 hace referencia al consentimiento unilateral, que sobrevive y vincula al Estado más allá de la denuncia del Convenio.

Por su parte, *Michael Nolan y Frédéric Sourgens* bajo su enfoque de la declaración unilateral que obliga internacionalmente al Estado, afirman que

¹⁸⁸ MEZGRAVIS, Andrés A.: "El estándar de interpretación... *op.cit.*, p. 858. MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C.: "Denunciation of the... *op.cit.*, p. 15.

¹⁸⁹ MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C.: "Denunciation of the... *op.cit.*, p. 16.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 858.

éste aún después de la denuncia del Convenio de Washington queda obligado con los inversores durante la vigencia del TBI, por generar legítimas expectativas en ellos, así este acto unilateral no podrá revocarse cuando afecte el principio de buena fe y de no contradicción de los actos soberanos.¹⁹¹

En consecuencia, pretender revocar el consentimiento dado por el Estado mediante la denuncia del Convenio puede constituir una violación al principio de buena fe, respecto a los nacionales del otro Estado que hubieran establecido o mantuvieran sus inversiones, bajo la expectativa de contar con un mecanismo neutral de solución de controversias.¹⁹²

Bajo el análisis de los autores, las manifestaciones del Estado que expresen su consentimiento de forma inequívoca están protegidas por el artículo 72, no así por el contrario, aquellas que sólo expresen una promesa o voluntad discrecional del Estado para un consentimiento a futuro.¹⁹³

Por consiguiente, el Estado permanece obligado a la jurisdicción del CIADI, inclusive luego de la denuncia del Convenio, en aquellos casos donde exista un consentimiento inequívoco contenido en la redacción de la cláusula de solución de controversias del TBI.

Por su parte, el profesor *Fernando Mantilla* interpretando el Convenio de Washington bajo el principio de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos del tratado y tomando en cuenta su objetivo y fin, expone que el artículo 72 sólo exige la presencia del consentimiento de alguna de las partes, y no de ambas, para su aplicación como cláusula de supervivencia del Convenio.¹⁹⁴ Sin embargo, para que el Estado quede obligado el

¹⁹¹ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op. cit.*", p. 29.

¹⁹² *Ibid.*, p. 33.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁹⁴ Debemos destacar que existen autores que sostienen que las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados son tautológicas, y que existen dudas sobre la aplicación de dicha Convención para interpretar el Convenio de Washington, ya que éste es posterior a la Convención, que además no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, debemos tomar en consideración que dicha Convención contiene principios de Derecho Internacional sobre la interpretación de tratados, por lo que muchos tribunales la usan como guía y en referencia a

consentimiento contenido en el TBI debe ser inequívoco y no una mera declaración.¹⁹⁵

Para Mantilla, de acuerdo con los principios de buena fe y de pacta sunt servanda, la denuncia del Convenio no puede despojar al TBI de los derechos ofrecidos en él al inversionista, especialmente porque es un tratado independiente del Convenio, fuente de derechos y obligaciones, donde el acceso al arbitraje es parte de los derechos sustantivos del inversor.¹⁹⁶

De igual forma, *Roland Pettersson* considera que en el marco del artículo 72, el consentimiento unilateral dado por el Estado genera plenos efectos sin necesidad de ningún consentimiento posterior. La denuncia del Convenio no puede tener efectos retroactivos, ya que la cláusula de solución de controversias otorga al inversor el derecho a la tutela arbitral, como derecho de acceso a la justicia, en el marco del TBI.¹⁹⁷

Por otra parte, *Oscar Garibaldi* aborda la interrogante sobre los efectos de la denuncia del Convenio de Washington bajo las disposiciones del artículo 72, interpretándolo de buena fe, según el significado habitual de sus términos, tomando en consideración su objeto y propósito, y a la luz de la CVDT.¹⁹⁸

Garibaldi, afirma que el consentimiento al que hace referencia el artículo 72 se refiere al de una cualquiera de las partes, y no ambas, siendo que el texto del Convenio cuando quiso precisar que se trata de consentimiento común, hace mención expresa al consentimiento de ambas partes,¹⁹⁹ de esta manera las obligaciones unilaterales mantienen su vigencia luego de la denuncia del Convenio CIADI.

dichos principios. En este sentido, ver RASTEGAR, Keyvan: "Denouncing ICSID". En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford Scholarship Online. 2009, p. 290.

¹⁹⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op.cit.*", p. 210.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 211-212.

¹⁹⁷ PETTERSSON STOLK, Roland: *La Salida de Venezuela del CIADI... op. cit.*

¹⁹⁸ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*", p. 255.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 258.

En palabras del autor, el artículo 72 del Convenio más que referirse al aspecto temporal de las consecuencias de la denuncia, alude al aspecto material, excluyendo determinados supuestos del alcance de sus efectos. Dicho artículo modifica además el requisito *in personam* de la jurisdicción, siendo que luego de la denuncia una de las partes seguirá sujeta a la jurisdicción del CIADI por el consentimiento previo, a pesar de ya no ser parte contratante del Convenio.²⁰⁰

Así, el artículo 72 salvaguarda los derechos y obligaciones que surjan del consentimiento previo de una de las partes, es decir, aquellos vinculados con el mecanismo de solución de controversias planteado en el Convenio.²⁰¹

De esta forma, Garibaldi expone varios escenarios en función de cuál de las partes haya otorgado el consentimiento previo a la denuncia. En el caso de que ambas partes en la disputa hayan consentido a la jurisdicción del CIADI antes de la denuncia, no queda duda de que están obligadas a su jurisdicción, a continuar con el procedimiento ante el Centro y cumplir con los términos del laudo.²⁰²

Garibaldi reconoce que el artículo 72 no afecta el derecho del Estado a retirar su consentimiento bajo el artículo 25 del Convenio, siempre y cuando este retiro sea válido, el consentimiento no tenga carácter irrevocable, y sea retirado antes de que el inversor haya expresado su consentimiento.²⁰³

En este sentido, en el Convenio existe una laguna jurídica sobre la validez del retiro del consentimiento del Estado, ante la ausencia de normas específicas que lo regulen, Garibaldi lo analiza bajo los principios de Derecho Internacional.²⁰⁴

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 260.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 261; p. 270.

²⁰² *Ibid.*, p. 262.

²⁰³ *Ibid.*, p. 263.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 263.

Asimismo, la validez de dicho retiro depende del instrumento que contenga el consentimiento del Estado, a saber: un tratado, contrato, instrumento unilateral o ley nacional.

Con relación al TBI, si el tratado contempla en su cláusula de solución de controversias la jurisdicción del CIADI, el Estado estará obligado en los términos de dicha cláusula, y su consentimiento será irrevocable durante la vigencia del TBI, de conformidad con la regla de *pacta sunt servanda* y el Derecho Internacional, que protegen a la contraparte de cualquier retiro unilateral.²⁰⁵ Por ello el retiro del consentimiento dado por un Estado mediante un TBI, será válido sólo dentro de los términos de dicho tratado, y no surtirá efectos mientras las obligaciones del TBI estén vigentes.²⁰⁶

Ahora bien, en los casos en que no exista retiro del consentimiento por parte del Estado, el inversor puede en cualquier momento consentir y la disputa será sometida al CIADI. Así, las obligaciones que surjan del consentimiento previo y que no hayan sido efectivamente retiradas, sobrevivirán más allá de la denuncia, sin que el Convenio establezca para ellas ningún límite temporal de vigencia, ello en consonancia con la función del artículo 72.²⁰⁷

En base a estas premisas, Garibaldi concluye que la denuncia no afecta los derechos y obligaciones que bajo el Convenio surgieron del consentimiento individual a la jurisdicción del CIADI, dado por el Estado o sus nacionales antes de recibida la noticia de la denuncia por el depositario. Lo anterior no significa que el consentimiento previo a la denuncia sea irrevocable. El derecho de retirarlo debe ejercerse en forma válida, en función del instrumento que lo contenga, en los casos de los TBI debe proceder bajo las disposiciones del tratado.

En consecuencia, la denuncia del Convenio por si sola sólo retira el consentimiento del Estado dado mediante comunicación expresa al CIADI.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 269.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 270.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 270; p. 271.

Garibaldi afirma que inclusive, desde el punto de vista de la política internacional, también luce desacertado aceptar que los Estados se desvinculen instantáneamente de las obligaciones adquiridas con anterioridad, ya que ello añadiría incertidumbre al sistema internacional.

En síntesis, la posición del autor indica que al denunciar el Convenio de Washington se activa el artículo 72 como cláusula de supervivencia, y mantienen su vigencia las obligaciones y derechos que surgieron del consentimiento previo a la denuncia, salvo que éste haya sido válidamente retirado.

Asimismo, esta aproximación resulta provechosa para las legítimas expectativas del inversor, aunque para el Estado resulta desventajosa, ya que la desvinculación del mecanismo CIADI puede dilatarse por mucho más tiempo luego de la fecha de la denuncia.²⁰⁸

Por su parte, los autores *Tietje, Nowrot y Wackernagel* sostienen que el artículo 72 debe interpretarse tomando en consideración el objeto y propósito del Convenio: garantizar al inversor mediante un régimen legal, seguro y estable, el acceso al arbitraje.

La interpretación para estos autores debe darse bajo el enfoque del Derecho Internacional, conforme al principio de interpretación dinámica y evolutiva, siendo que la interpretación de los tratados no puede permanecer inmóvil ante la evolución del derecho: un instrumento de Derecho Internacional como es el Convenio de Washington, debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema legal que prevalezca al momento de la interpretación, de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario.²⁰⁹

En este sentido, la interpretación dinámica y evolutiva incluye todas aquellas normas de Derecho Internacional que resulten aplicables en la relación entre las Partes, considerando además la evolución del Derecho Internacional

²⁰⁸ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*, p. 258.

²⁰⁹ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 15; p. 22.

sobre el régimen de inversiones, y el objeto y propósito del Convenio CIADI.²¹⁰

Como mencionamos en el aparte previo, para la época de redacción del Convenio de Washington los arbitrajes se constituían generalmente mediante contratos entre el Estado y el inversor, donde el acuerdo de arbitraje se perfeccionaba con el mutuo consentimiento dado al unísono por ambas partes. Para ese momento era común el riesgo de rescisión unilateral del contrato por parte del Estado, que privaba al inversor del acceso al mecanismo de solución de controversias.²¹¹

Actualmente, con la proliferación de los TBI los arbitrajes surgen basados en la cláusula de solución de controversias de dichos tratados, situación en la que el consentimiento de ambas partes concurre en momentos diferentes.

En base a dicho contexto actual y conforme al objeto y propósito del Convenio de garantizar al inversor el acceso al arbitraje mediante un régimen legal, seguro y estable, los autores concluyen que el consentimiento dado por el Estado en el TBI es irrevocable, ya que una interpretación en contrario permitiría a las partes evadir la jurisdicción del CIADI frente a obligaciones ya contraídas, dejando al inversionista sin acceso al arbitraje.

Sin embargo, los autores reconocen la importancia de la redacción de la cláusula del TBI, en la cual debe contemplarse el consentimiento de forma incondicional sin requerir ninguna acción adicional por parte del Estado.²¹²

Los doctrinarios señalan que el Convenio de Washington hace referencia sólo a los efectos de la revocatoria del consentimiento, más no regula las posibilidades o condiciones para revocarlo. Esto concierne al derecho aplicable al instrumento que contiene el consentimiento, es decir, en el caso

²¹⁰ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications..." *op. cit.*, p. 260.

²¹¹ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?..." *op. cit.*, p. 15.

²¹² *Ibid.*, p. 28.

del TBI al Derecho Internacional Público, según el cual el consentimiento sólo puede revocarse rescindiendo los efectos legales del TBI.²¹³

Adicionalmente, concuerdan como la mayoría de los autores en aplicar a la interpretación del artículo 72, los principios de interpretación del derecho de los tratados contenidos en la CVDT, por ser codificación del Derecho Internacional. Por lo que, aplicando los principios contenidos en el artículo 31 de la CVDT,²¹⁴ el consentimiento del Estado en el TBI es una obligación internacional que no se ve afectada por la denuncia del Convenio.²¹⁵

Por otra parte, proponen inspirados en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, que la interpretación del acuerdo arbitral debe darse no en contra ni a favor del inversor, sino buscando una solución justa y funcional, respetando el principio de buena fe y en base a un abordaje de interpretación equilibrado.²¹⁶ Posición fuertemente criticada por Garibaldi, por considerar que al momento de interpretar el Convenio debe atenderse a la finalidad del mismo, y no considerar ningún balance de intereses entre el Estado y el inversor.²¹⁷

En síntesis, los autores sostienen que la interpretación del Convenio en base a su objeto y propósito, brinda un abordaje de interpretación equilibrado, ratificando el propósito inicial y aún vigente del Convenio: generar un régimen seguro y estable que garantice el acceso al arbitraje, y

²¹³ *Ibid.*, p. 27.

²¹⁴ El artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala la Regla general de interpretación: 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. (Subrayado nuestro).

²¹⁵ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 13; p. 23.

²¹⁶ Traducción libre del autor de la frase: "*a balanced approach to interpretation*".

²¹⁷ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*, p. 256.

adicionalmente, toman en consideración la evolución y los cambios suscitados en el régimen de la inversión extranjera.²¹⁸

Para todos estos autores que defienden el consentimiento unilateral, la relación entre los artículos 25 y 72 del Convenio es de excepción, es decir, el artículo 72 constituye una excepción al requisito contemplado en el artículo 25, de ser parte contratante en el Convenio para otorgar consentimiento de acudir a la jurisdicción del CIADI.²¹⁹ Esta interpretación sostiene que existe una distinción entre la condición de Estado parte en el Convenio de Washington y el consentimiento a arbitrar.

c. Postura del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)

El arbitraje en Venezuela ha sufrido transformaciones de la mano de las interpretaciones jurisprudenciales del TSJ. A lo largo de estos años destacan contradicciones en esta materia entre las sentencias de las Salas del TSJ, las actuaciones del Ejecutivo y la normativa vigente en nuestro país con relación a la materia.

La Sala Políticoadministrativa del TSJ ha asumido una posición desfavorable ante el arbitraje, bien sea entre particulares o contra entes del Estado venezolano, esta animadversión al arbitraje ha ocasionado que con frecuencia sus decisiones contradigan las normas constitucionales, la legislación venezolana y los tratados internacionales.²²⁰

Por su parte, la Sala Constitucional del TSJ ha manifestado animadversión frente al arbitraje con entes del Estado, bien sea de carácter comercial o de inversiones, pero ha mostrado una posición favorable ante el arbitraje comercial entre particulares.²²¹

²¹⁸ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 28.

²¹⁹ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*, p. 257.

²²⁰ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: "Las recientes transformaciones jurisprudenciales del arbitraje en Venezuela". *Arbitraje en Venezuela. Colección Estado de Derecho*, Tomo VII. Caracas. Academia de Ciencia Políticas, Acceso a la Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Universidad Metropolitana, 2012, p. 90.

²²¹ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: "Las recientes transformaciones jurisprudenciales ... *op.cit.*, p. 90.

Para ejemplificar las contradicciones entre las actuaciones de las Salas del TSJ y los entes del Estado venezolano, podemos mencionar dos casos: el caso de Aucoven (Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. versus la República Bolivariana de Venezuela) y el caso de Minera Las Cristinas (o Vannessa Ventures Ltd. versus República Bolivariana de Venezuela).²²²

En el caso Aucoven hubo procedimientos simultáneos ante la jurisdicción nacional y frente al arbitraje CIADI: primeramente, Aucoven demandó a Venezuela ante el CIADI, y Venezuela demandó a Aucoven ante la Sala Políticoadministrativa para declarar la resolución del contrato que era objeto del arbitraje. Así, mientras la Sala Políticoadministrativa declaraba ineficaz la cláusula arbitral y, en consecuencia, la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer del caso; el Ejecutivo Nacional a través de la Procuraduría General de la República participaba en el procedimiento arbitral ante el CIADI sin desconocer la cláusula en cuestión, formulaba argumentos de fondo, y, posteriormente, cumplía voluntariamente con el laudo CIADI.

De igual forma, en el caso Minera Las Cristinas, también se observó la incongruencia entre los tribunales de la República. Inicialmente, la Sala Políticoadministrativa declaró ineficaz la cláusula arbitral del contrato; entretanto, el accionista extranjero de la compañía inició arbitraje ante el Mecanismo Complementario.

Posteriormente, la Sala Constitucional en su revisión constitucional de la sentencia de la Sala Políticoadministrativa, sobre la eficacia de la cláusula arbitral del contrato, consideró que el sometimiento de la disputa por parte del inversionista al arbitraje del Mecanismo Complementario implicaba una renuncia por parte del inversor a su derecho de solicitar procedimiento ante los tribunales venezolanos.

²²² Ambos casos fueron destacados y resumidos por el profesor Eugenio Hernández-Bretón en su artículo "Las recientes transformaciones jurisprudenciales... *op. cit.*

A pesar de este pronunciamiento del TSJ, la Procuraduría General de la República insistía en la falta de competencia del tribunal arbitral, el cual al momento de decidir sobre su jurisdicción acogió lo sentenciado por la Sala Constitucional. Sin embargo, a pesar de todo esto la Sala Políticoadministrativa desconociendo el pronunciamiento de la Sala Constitucional, decidió el recurso de nulidad y emitió sentencia sobre asuntos que se debatían ante el tribunal arbitral.

De ahí que la actuación de las Salas del TSJ resulta en principio contradictoria y desarticulada con la actuación del Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, en términos generales la Sala Constitucional ha reconocido el carácter jurisdiccional de los árbitros y ha expresado que Venezuela constituye una jurisdicción promotora y afín con el arbitraje, es decir, un foro amigable al arbitraje;²²³ *“(...) desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje (...)”*,²²⁴ y la Sala reconoce: *“(...) la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)”*.²²⁵

En otro orden de ideas, la Sala Constitucional al analizar el Artículo 151 de la Constitución, frecuentemente invocado para rechazar la posibilidad de arbitraje con entes del Estado, ha reconocido que adopta un sistema de inmunidad relativa, en consecuencia, no establece una imposibilidad absoluta a derogar la jurisdicción venezolana, ni impide la sumisión al arbitraje de los entes del Estado.²²⁶

La Sala ha expuesto que entre los artículos 1 y 151 de la Constitución existe *“(...) una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o*

²²³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541 del 17 de octubre de 2008. Consultada el 16 de febrero de 2015 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 97 del 11 de febrero de 2009. Consultada el 03 de mayo de 2015 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/97-11209-2009-08-0306.HTML>.

contradice el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela (...).²²⁷ Igualmente, bajo este sistema de inmunidad relativa reconoce el principio de autonomía de la voluntad, *siendo que “(...) se da libertad al Estado de someter determinados actos de naturaleza comercial a un sistema de arbitraje u otro medio de solución de controversias, teniendo la libertad en ejercicio de su soberanía para establecer los términos y condiciones bajo los cuales se someterá a la jurisdicción arbitral internacional (...)”*²²⁸.

Esta interpretación de la versión venezolana de la doctrina Calvo se remonta a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, cuando interpretaba el artículo 127 de la Constitución de 1961, equivalente al actual artículo 151 de la Constitución de 1999.²²⁹

Como mencionamos anteriormente, la Sala reconoce la potestad del Estado en ejercicio de su soberanía de otorgar garantías a los inversionistas para favorecer las relaciones económicas internacionales, entre las que se encuentra la posibilidad de acceder a un mecanismo arbitral.

Entre los pronunciamientos más relevantes de la Sala Constitucional, debemos destacar la sentencia N° 1541 de fecha 17 de octubre de 2008, mediante la cual interpretó la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución, directamente vinculado al artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones vigente para el momento.

Aun cuando la sentencia centra su análisis en el consentimiento del Estado a arbitrar a través de una ley nacional, también reconoce la posibilidad de otorgar consentimiento mediante TBI.

En la sentencia N° 1541 se reconoce que los TBI constituyen un mecanismo mediante el cual el Estado se obliga, y en el marco del principio de

²²⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 97... *op. cit.*

²²⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.*

²²⁹ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: “Las recientes transformaciones jurisprudenciales... *op. cit.*, p. 37.

autonomía de la voluntad y del principio de soberanía de los Estados, crea derechos directos a favor de los inversores, previendo la posibilidad de que el inversor pueda demandar al Estado ante un mecanismo arbitral.

La Sala reitera que el Estado venezolano en ejercicio de la soberanía es capaz “(...) *de suscribir, aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente (...)*”.²³⁰

En este orden de ideas, la Sala tiene un enfoque pragmático del asunto: el recurso al arbitraje internacional no está prohibido constitucionalmente, sino que constituye una cuestión de conveniencia del Estado, quien es responsable de determinar sus términos y condiciones, según lo requieran los negocios y las relaciones económicas internacionales del Estado.²³¹

Con relación al consentimiento del Estado al arbitraje internacional, la Sala Constitucional en su decisión N° 1541, reconoce la posibilidad de que el Estado manifieste su consentimiento mediante tratado bilateral o multilateral, dicho consentimiento debe ser expreso e inequívoco y, al momento de interpretarlo debe recurrirse al texto y contenido particular de cada tratado, es decir, el consentimiento debe analizarse caso por caso. Para interpretar la cláusula de solución de controversias del TBI que contiene el consentimiento debe emplearse el principio de pacta sunt servanda “(...) *y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje*”.²³²

La Sala Constitucional acogiendo lo dispuesto por varios tribunales arbitrales, establece que para interpretar el consentimiento contenido en los tratados

²³⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.*

²³¹ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: “Las recientes transformaciones jurisprudenciales...” *op. cit.*, p. 40.

²³² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.*

internacionales deben aplicarse las normas de interpretación de los tratados y los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la CVDT.²³³

Esta polémica sentencia N° 1541 fue objeto de críticas por parte de todos los sectores, incluyendo quienes desde la Procuraduría General de la República solicitaron la interpretación de la Sala. Por esta razón, tiempo después de dictada la sentencia, la Sala Constitucional en un esfuerzo mediático de contestar y aliviar los ataques formulados en contra de dicha decisión, emitió una nota de prensa titulada: “Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros”.²³⁴

Dicha nota de prensa tuvo como finalidad aclarar que las sentencias emanadas de la Sala Constitucional reiteraban el principio de soberanía y autodeterminación del Estado, y en un esfuerzo por disminuir las tensiones oficiales reiteró la potestad del Estado para denunciar o modificar los convenios internacionales que sometan a la República a órganos internacionales, así como el control constitucional que ejercen los tribunales nacionales al momento de ejecutar las decisiones de órganos internacionales. En pocas palabras, la nota de prensa como especie de recurso de interpretación sucinto, buscó resguardar la posición oficial que mantiene el Ejecutivo frente a la posibilidad de que el Estado sea sometido al arbitraje internacional.

Por último, al margen de cualquier interpretación complaciente, podemos concluir que el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la constitucionalidad del arbitraje internacional con entes del Estado venezolano, la posibilidad de que el Estado consienta a través de un TBI, y ha establecido un método de interpretación casuística de las cláusulas de los TBI para determinar si el consentimiento a arbitrar es expreso e inequívoco.

²³³ En este sentido, la Sala Constitucional cita los casos “*Mondev Intl. Ltd vs. Estados Unidos*” del 11 de octubre de 2002, “*Tradex vs. Albania*” del 24 de diciembre de 1996 y “*SGS vs. Filipinas*” del 29 de enero de 2004. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.*

²³⁴ Tribunal Supremo de Justicia: *Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros*. Nota de prensa del 15 de junio de 2009. Consultado en fecha 04 de mayo de 2015 en: <http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>.

d. Nuestra postura

La perspectiva de la interpretación del artículo 72 cobra importancia porque determina el rango de efectos de la denuncia, en nuestra opinión el artículo 72 protege el consentimiento unilateral dado por el Estado más allá de la fecha de la denuncia, siempre y cuando la voluntad expresada por el Estado pueda ser considerada como una verdadera expresión del consentimiento.

En este sentido, las cláusulas de los TBI que por su redacción constituyan verdaderas expresiones de consentimiento mantendrán su vigencia, aun después de la denuncia del Convenio de Washington.

Para analizar el artículo 72 rescatamos el enfoque desglosado del artículo que plantea Mariana Durney, el artículo reza:

“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.”

Con relación a los derechos y obligaciones que protege el artículo 72, consideramos que se encuentran incluidos aquellos que surgen de la expresión de consentimiento unilateral y conjunto.

En este sentido, quedarían protegidos los derechos de inmunidad que surgen para los árbitros bajo el artículo 21, la obligación de honrar el consentimiento y la irrevocabilidad de éste contenida en el artículo 25.1, el deber de abstenerse a recurrir a otros medios de solución de controversia (artículo 26), la obligación de abstenerse del ejercicio de la protección diplomática (artículo 27.1), el derecho de incoar un procedimiento de arbitraje y participar en la constitución del tribunal arbitral (artículo 36), la obligación de aplicar las Reglas de Arbitraje vigentes para el momento en que se perfeccionó el

consentimiento (artículo 44), el derecho de acceder a los recursos de aclaración, revisión y anulación del Laudo (artículos 50 al 52), la obligación de respetar el carácter vinculante de una decisión y la exclusión de cualquier procedimiento de apelación o de cualquier otro recurso sobre éste (artículo 53), y el derecho de preservar los derechos y obligaciones que surjan del consentimiento a la jurisdicción del Centro frente a cualquier enmienda de la Convención (artículo 66.2).

Con relación al tipo de consentimiento consideramos que se trata del consentimiento unilateral del Estado, siendo que el texto del Convenio diferencia en sus disposiciones entre el consentimiento unilateral y el consentimiento mutuo. Por ello en la interpretación del Convenio, debemos atender al sentido y al uso corriente de los términos dentro de las disposiciones de éste, de conformidad con los principios de interpretación de los tratados.

Así, cuando el Convenio se refiere al consentimiento de ambas partes lo señala expresamente, como ejemplo de ello podemos mencionar el primer aparte del artículo 25 que expresamente señala el “consentimiento dado por las partes”²³⁵ ; entre otras disposiciones del Convenio que así lo contemplan.²³⁶ En contraposición, el artículo 72 estipula el “consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos” refiriéndose a los sujetos, previamente mencionados en la disposición, que pueden obligar o comprometer la voluntad del Estado denunciante. Siendo cónsonos con la

²³⁵ Artículo 25: (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

²³⁶ Otras disposiciones del Convenio que ejemplifican este análisis son: Artículo 26: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio. Artículo 46: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

redacción y el análisis de los términos empleados en el Convenio, el artículo 72 no puede referirse al consentimiento mutuo.

En consecuencia, el consentimiento expresado de forma inequívoca sigue generando para el Estado denunciante derechos y obligaciones a la jurisdicción del CIADI, aun cuando no haya sido aceptado por el inversor.

En efecto, coincidimos con el análisis de Mariana Durney, según el cual el artículo 72 constituye una excepción al artículo 25 en dos sentidos, el primero de ellos en cuanto al requisito de ser Parte Contratante, permitiendo acudir a dicha jurisdicción aun cuando el Estado que consintió ya no sea parte en el Convenio, y en cuanto a su protección al consentimiento unilateral otorgado, en contraposición al consentimiento mutuo, declarándolo como válido para unirse al consentimiento del inversor con posterioridad a la fecha de la denuncia.²³⁷

Una interpretación en contrario de la disposición entendiendo el consentimiento como mutuo, vaciaría de contenido al artículo 72, ya que la protección del consentimiento mutuo o el acuerdo perfeccionado por ambas partes ya se encuentra garantizada en el primer aparte del artículo 25, que establece la irrevocabilidad del consentimiento mutuo.²³⁸

El retiro del consentimiento a la jurisdicción del CIADI no puede considerarse como consecuencia necesaria de la denuncia del Convenio de Washington, como tampoco la adhesión al Convenio implica una expresión de consentimiento para someterse al mecanismo CIADI. El consentimiento se encuentra contenido en instrumentos distintos al Convenio y el artículo 72 sólo regula sus efectos en caso de denuncia, pero el consentimiento se preserva bajo sus propios términos y por el instrumento que lo contiene.²³⁹

²³⁷ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications..." *op. cit.*, p. 266.

²³⁸ *Ibid.*, p. 265.

²³⁹ *Ibid.*, p. 265.

La presencia del artículo 72 no implica que el Estado no pueda retirar el consentimiento dado, sólo que el retiro de dicho consentimiento no podrá hacerse mediante la denuncia del Convenio, sino que deberá seguir el procedimiento de retiro del consentimiento, según las normas que rigen al instrumento que lo contiene.

En consecuencia, la validez del retiro del consentimiento depende del instrumento que lo contenga, cuando está contenido en un TBI el retiro debe darse conforme a los términos del tratado para que sea válido. Las obligaciones que surjan del consentimiento previo y no sean válidamente retiradas, seguirán vigentes aun después de la denuncia sin que el Convenio establezca un límite para su vigencia.²⁴⁰

Esta postura resulta cónsona con el objeto y propósito del Convenio de Washington, de proveer un foro institucional tanto al inversor como al Estado receptor, acogiendo lo defendido por los autores Nolan y Sourgens,²⁴¹ y a su vez es congruente con el principio de buena fe y de *pacta sunt servanda*, expuesto por Fernando Mantilla, con relación a las legítimas expectativas y derechos sustantivos del inversor a la luz del consentimiento dado por el Estado.²⁴²

Con relación al elemento *ratione temporis* del artículo 72, en base al cual algunos autores entienden que la disposición exige que el consentimiento debe perfeccionarse junto al del inversor con anterioridad a la denuncia, mientras que otros doctrinarios contemplan la posibilidad de que el consentimiento se perfeccione dentro del plazo de los seis meses, coincidimos con Mariana Durney en que el artículo 72 no se vincula con la temporalidad de la denuncia.

En este sentido, el artículo 72 no modifica el aspecto temporal de la regla general del artículo 71 que establece el plazo de seis meses para que se

²⁴⁰ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*, pp. 270-271.

²⁴¹ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op.cit.*, p. 29.

²⁴² MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op.cit.*, pp. 211- 212.

produzcan los efectos de la denuncia, sino que aporta una excepción *ratione materiae*, excluyendo de los efectos de la denuncia, las obligaciones y derechos relacionados con el consentimiento unilateral otorgado previamente por el Estado, así como modifica el requisito *in personam* de la jurisdicción, ya que luego de la denuncia una de las partes seguirá sujeta a la jurisdicción del CIADI, aun cuando ya no sea parte contratante del Convenio.²⁴³

El tiempo de vigencia de los efectos de la cláusula de solución de controversia que contiene el consentimiento, viene dado por la vigencia misma del instrumento que la contiene, es decir, del TBI.

En consecuencia, el inversor podrá aceptar luego de la denuncia el consentimiento otorgado por el Estado en un TBI, siempre que según la redacción de la cláusula se manifieste una expresión de consentimiento inequívoco, y esté disponible en función de la vigencia de dicho tratado bilateral.

Con relación a la relación entre el Convenio de Washington y los TBI, consideramos que ciertamente existe una vinculación, ya que inclusive los tratados bilaterales condicionan el mecanismo de solución de controversias a la adhesión al Convenio de Washington, sin embargo, consideramos que una vez satisfecha dicha condición la denuncia del Convenio no afectará la vigencia del TBI.

En este sentido, a pesar de dicha vinculación debemos recordar que bajo el enfoque del Derecho Internacional Público nos referimos a tratados diferentes, independientes y autónomos, donde la vigencia y denuncia de cada uno se encuentra regulada por las respectivas disposiciones de cada tratado. En consecuencia, la denuncia del Convenio de Washington no afecta la vigencia de los TBI.

²⁴³ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications..." *op. cit.*, p. 270. GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation..." *op. cit.*, p. 260.

CAPÍTULO III

Efectos de la denuncia del Convenio de Washington sobre los TBI vigentes de la República

a. Las denuncias inéditas del Convenio de Washington

Los Estados tienen derecho de denunciar los tratados que suscriben, por lo general, cada tratado incluye sus disposiciones sobre su denuncia y terminación, en caso contrario se aplican las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyas disposiciones resultan aplicables bien como tratado internacional que regula la materia o como norma consuetudinaria, que también contiene disposiciones sobre principios de Derecho Internacional en materia de interpretación de tratados.

En el Convenio de Washington la denuncia contemplada en el artículo 71, es un derecho de los Estados Parte, puede realizarse en cualquier momento y no requiere ninguna justificación, es un derecho incondicional. Los efectos de la denuncia surgen a los seis meses de su notificación al depositario del Tratado, en consecuencia, por regla general luego de ese lapso el Estado pierde todo derecho y obligación que mantenía en el marco del Convenio.

Sin embargo, tal y como expusimos previamente, bajo las disposiciones del artículo 72 se mantienen vigentes determinados derechos y obligaciones que surgen del consentimiento dado al arbitraje CIADI en tratados bilaterales vigentes independientes del Convenio.

Por último, debemos tomar en consideración que el Convenio de Washington no es un tratado sustantivo sino procedimental, que prevé un marco regulatorio para la solución de disputas, por lo tanto, su denuncia resulta mucho más compleja al estar en juego procedimientos arbitrales en curso y

las expectativas sobre mecanismos de solución de controversias que incentivaron a los inversores.²⁴⁴

i. Causas y consecuencias

En el marco del Convenio de Washington, América Latina actuó, como ya mencionamos, como un pequeño grupo que rechazaba el tratado, y la posibilidad de otorgar jurisdicción a un órgano extranjero era para ellos una renuncia de jurisdicción que no estaban dispuestos a realizar. En el marco de esta posición, surgen las doctrinas Calvo y Drago que corrían en paralelo con el escepticismo de América Latina acerca de la inversión extranjera.²⁴⁵

Sin embargo, a finales de la década de los ochenta y principios de la década de los noventa del siglo XX con la liberación e internacionalización del comercio, la región tuvo que mitigar su posición frente al arbitraje ante órganos externos.²⁴⁶

Recientemente, el grupo de países latinoamericanos se ha dividido: mientras un subgrupo ha utilizado positivamente su participación en el Convenio de Washington para incrementar las inversiones extranjeras en su territorio; otro subgrupo se ha alejado de la jurisdicción del CIADI, como consecuencia de cambios políticos e ideológicos, alegando experiencias negativas ante el Centro, modificando sus legislaciones internas y Constituciones para prohibir el acceso a jurisdicciones extranjeras o para exigir que las disputas sean resueltas en las cortes nacionales, como es el caso de Ecuador y Bolivia, o a través de decisiones de sus órganos judiciales superiores como es el caso de Venezuela.²⁴⁷

²⁴⁴ FOURET, Julien: "Denunciation of the Washington Convention... *op. cit.*, p. 72.

²⁴⁵ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*, p. 229 - 230.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 230.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 231.

Este grupo hostil al arbitraje internacional ha restringido el acceso al arbitraje para ciertas disputas,²⁴⁸ ha renegociado TBI y contratos²⁴⁹ y, denunciado acuerdos²⁵⁰ y el Convenio de Washington.²⁵¹

Este mismo subgrupo de países ha buscado proponer infructuosamente mecanismos alternativos de solución de controversias, en el marco de nuevos sistemas de integración ALBA-TCP y UNASUR, a los que se une también Argentina, quien se ha distanciado del Centro producto de los fallos que se originaron por la crisis económica de ese país.

La denuncia del Convenio fue una reacción conjunta que surgió de la Quinta Cumbre de la ALBA en abril de 2007, en cuya declaración final de los jefes de Estados “subrayaron la necesidad del establecimiento de un nuevo orden económico internacional que se sustente en los principios de justicia y solidaridad, y de una profunda reestructuración de la actual arquitectura financiera internacional”,²⁵² y “reiteraron su voluntad de unir esfuerzos para la construcción de un sistema monetario y financiero sólido y justo, regido por mecanismos de toma de decisiones transparentes y abiertos, que privilegien la participación de todos los Estados en condiciones de igualdad, independiente de los patrones neoliberales y del modelo internacional prevaleciente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial”²⁵³.

Producto de esta reunión, el 2 de mayo de 2007 Bolivia formalizó su denuncia ante el Banco Mundial, y a finales de ese mismo año, Ecuador envió una notificación al Banco Mundial excluyendo de la jurisdicción del Centro las inversiones realizadas en materia minera y de hidrocarburos, bajo

²⁴⁸ En 2007, Ecuador bajo el amparo del artículo 25.4 del Convenio de Washington, excluyó el acceso al Centro para disputas que versaran sobre explotación de recursos naturales.

²⁴⁹ Bolivia ha tenido que renegociar contratos de acuerdo con las disposiciones transitorias de la Constitución dictada en 2009. Venezuela en 2007 también renegó concesiones sobre hidrocarburos.

²⁵⁰ Venezuela envió su nota para no extender el término del TBI con el Reino de los Bajos. Bolivia ha denunciado los TBI con Italia y Estados Unidos, y Ecuador terminó varios TBI con países de Centro América y el Caribe. En 2009, el presidente Correa solicitó autorización para denunciar 13 TBI por ser incompatibles con la nueva constitución.

²⁵¹ Bolivia, Ecuador y Venezuela denunciaron el Convenio de Washington el 02 de mayo de 2007, el 09 de julio de 2009 y el 24 de enero de 2012, respectivamente.

²⁵² Declaración V Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA – TCP, de fecha 16 y 17 de abril de 2009.

²⁵³ *Ibid.*

el amparo del artículo 25.4 del Convenio de Washington. Al año siguiente, Ecuador remitió comunicaciones a Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay expresando la terminación de los TBI, y finalmente en julio de 2009, presentó su denuncia al Convenio de Washington.²⁵⁴

Acto seguido, en la Sexta Cumbre los miembros del ALBA saludaron la decisión de Ecuador y Bolivia de denunciar el Convenio de Washington e instruyeron la elaboración de una propuesta sobre la creación de una instancia regional de solución de controversias, que aún continúa estando en proyecto.²⁵⁵

Entre las razones para la denuncia reseñadas por Mariana Durney, los Estados alegan la falta de imparcialidad del Centro, la falta de recurso de apelación contra las decisiones, las deliberaciones privadas de los árbitros, y por su parte Bolivia y Ecuador, alegaron la incompatibilidad del Convenio de Washington con su Constitución Nacional.

En este sentido, el sistema CIADI ciertamente no ha estado exento de varias críticas que han sido categorizadas por Álvarez como horizontales, verticales, ideológicas y legales.²⁵⁶

A modo de síntesis, las verticales se refieren al déficit democrático de los laudos frente a la potestad del Estado de regularizar asuntos políticos sensibles; las horizontales se refieren a la perpetuación de la disparidad Norte-Sur y a la violación del principio de igualdad soberana; las ideológicas se refieren a la inclinación del Centro hacia la privatización y el libre mercado por encima del interés público; y las legales incluyen críticas como la práctica del *forum shopping* y la falta de homogeneidad en las decisiones que

²⁵⁴ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 116.

²⁵⁵ Declaración VI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA – TCP, de fecha 24 de junio de 2009.

²⁵⁶ ALVAREZ, José E: "The Public International Law..." op. cit., pp. 75 y ss.

contribuye a la fragmentación del Derecho Internacional y la imposibilidad de crear reglas estables y predecibles en la materia.

ii. La denuncia venezolana

En medio del escenario anteriormente señalado, Venezuela que formaba parte del Convenio de Washington desde el 01 de junio de 1995, sólo se había limitado desde el 2007 a excluir la jurisdicción del CIADI como foro para la solución de controversias en los nuevos TBI suscritos, aun cuando hubo varias declaraciones oficiales, y la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo de fecha 12 de febrero de 2008 para exhortar al Ejecutivo la denuncia del Convenio CIADI.²⁵⁷

Sin embargo, no fue sino hasta el 24 de enero de 2012 cuando Venezuela presentó su denuncia ante el Centro, la cual surtió efectos seis meses después, i.e.: el 25 de julio de 2012. Entre las razones que podemos recoger del comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores²⁵⁸ encontramos que alegó la falta de imparcialidad de los árbitros y la violación de la soberanía, invocó la contradicción del sistema con el artículo 151 de la Constitución,²⁵⁹ relativo a la solución de controversias que versen sobre los contratos de interés público, sin recordar que la misma Constitución ordena promover el arbitraje²⁶⁰ y reconoce los mecanismos de solución de controversias internacionales dentro de sus disposiciones.²⁶¹

²⁵⁷ Acuerdo sobre la Campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela, S.A. de fecha 12 de febrero de 2008, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.869 de fecha 13 de febrero de 2008.

²⁵⁸ Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores: Comunicado Gobierno Bolivariano denuncia Convenio con CIADI. Consultado en fecha 20 de agosto de 2015 en: http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108

²⁵⁹ El artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reza de la siguiente manera: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

²⁶⁰ Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos” de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

²⁶¹ Artículo 155 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por

De igual forma, la denuncia tampoco consideró la decisión N° 1.541 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008²⁶² en la que se refirió al arbitraje como un foro amigable y reconoce la participación de Venezuela como país promotor y afín a la solución de controversias mediante el arbitraje en acuerdos internacionales.

Ahora bien, esta decisión de Venezuela tomada con la finalidad de apartarse definitivamente del Centro, no logra desvincularla por completo de éste, puesto que como veremos a continuación la denuncia surtió efectos diferentes sobre cada TBI vigente para la República.

b. Efectos sobre la cláusula de solución de controversias

La denuncia del Convenio de Washington no puede afectar la vigencia de la expresión de consentimiento dada en tratados bilaterales, salvo que éstos así lo contemplen, siendo que como vimos se trata de instrumentos internacionales independientes entre sí. Precisamente, el artículo 72 contempla la validez del consentimiento previamente otorgado aun después de la denuncia del Convenio de Washington.

En este orden de ideas, los efectos de la denuncia sobre el consentimiento expresado en cada TBI deben analizarse caso por caso. En este sentido, la redacción de la cláusula de solución de controversias incluida en el respectivo TBI determinará la suerte que corre el derecho del inversor de acceder a la jurisdicción CIADI.²⁶³

Así por ejemplo, existen cláusulas que estipulan como condición sine qua non que los Estados Parte del TBI continúen siendo miembros del Convenio de Washington, como por ejemplo: los TBI de Venezuela con Canadá y Costa Rica. En estas situaciones la denuncia del Convenio extingue los efectos de la cláusula por la misma condición que ésta establece.

las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere impropio y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración."

²⁶² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 1.541... *op. cit.*

²⁶³ DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*, p. 274.

En el análisis en particular de la cláusula de cada TBI podemos encontrar múltiples posibilidades, a continuación, enumeraremos las categorías de cláusulas que distingue Mariana Durney en su análisis sobre este particular.²⁶⁴

i. Las cláusulas condicionadas

Las cláusulas de solución de controversias pueden supeditar su propia vigencia a la satisfacción de ciertas condiciones previas, sin las cuales la voluntad expresada por el Estado no podrá ser considerada como verdadera expresión de consentimiento. Estas condiciones deberán estar satisfechas para que la cláusula quede amparada por el artículo 72.

En este sentido, encontramos cláusulas que requieren una expresión futura de consentimiento por parte del Estado luego de que surge la controversia, en estos casos la aceptación del inversor no es suficiente para perfeccionar el consentimiento o establecer la jurisdicción del CIADI, se requiere una expresión de consentimiento adicional por parte del Estado.²⁶⁵

Estas cláusulas sólo contienen una mera oferta para consentir y no una expresión de consentimiento, por lo cual no están amparadas por el artículo 72, y luego de los seis meses posteriores a la denuncia esta mera oferta se extingue sin posibilidad de acceso al CIADI.

Bajo este supuesto podríamos contemplar el TBI Reino Unido – Venezuela, que como analizamos *ut supra*, contempla una mera oferta de arbitraje revocable y no un consentimiento incondicional.

Por otro lado, la cláusula también puede estar supeditada a que los Estados Parte del TBI, mantengan a su vez su estatus de Estados miembros del Convenio de Washington. En este caso, ser Estado Parte en el Convenio de Washington es una condición establecida por voluntad de las partes, en

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 274.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 275.

consecuencia, la cláusula pierde su operatividad una vez se hace efectiva la denuncia del Convenio.²⁶⁶

Para ilustrar este tipo de cláusula tenemos como ejemplo el TBI vigente con Costa Rica y Portugal.

Igualmente, hay cláusulas que establecen la satisfacción de ciertas condiciones que para el momento de la denuncia ya han sido cumplidas, como por ejemplo, que uno de los Estados Parte en el TBI se haya convertido en Estado miembro del Convenio de Washington.

En este sentido, una vez cumplido el prerequisite la cláusula se hace incondicional y queda amparada bajo el artículo 72, aun después de la denuncia, pudiendo el consentimiento del inversor unirse al consentimiento del Estado en cualquier momento durante la vigencia del TBI.²⁶⁷

Como ejemplo de este tipo de cláusula tenemos los TBI vigentes con Barbados, Dinamarca, Ecuador, España y República Checa.

Ahora bien, las cláusulas que establecen un período de solución amistosa o la sumisión de la disputa a los tribunales nacionales, no pueden entenderse como una condición a la jurisdicción, sino una condición para la admisibilidad del caso.²⁶⁸

ii. Las cláusulas incondicionales

En esta categoría incluimos aquellas cláusulas que contienen un consentimiento inequívoco por parte de los Estados contratantes en el TBI, la expresión de voluntad de ambos Estados es incondicional, y en consecuencia, el consentimiento queda amparado bajo el artículo 72 durante la vigencia del TBI.

En este sentido, tenemos los TBI vigentes con Alemania, Argentina, Chile, Francia, entre otros.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 277.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 279.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 278.

iii. Las cláusulas que contemplan al CIADI como foro exclusivo

Por lo general estas cláusulas son de consentimiento inequívoco, por lo cual la denuncia no las afectaría. Si llegara a estar sometida la cláusula a la condición de que ambos Estados sean partes del Convenio de Washington, la denuncia de éste último podría activar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de tratado y por denegación de justicia, aunque algunos autores sugieren que mediante la cláusula de nación más favorecida el inversor podría utilizar otro mecanismo de solución de controversias contemplado en otro TBI.²⁶⁹ Sin embargo, recordemos que la evolución de la jurisprudencia ha asentado la no aplicabilidad de la cláusula de nación más favorecida para aspectos procesales.²⁷⁰

iv. Las cláusulas que contemplan múltiples mecanismos de solución de controversias

En estos casos, por lo general el inversor elige el mecanismo arbitral, aunque excepcionalmente puede requerirse el consentimiento de ambas partes.

La denuncia afectará a estas cláusulas según su redacción, es decir, en la medida de que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI sea inequívoco y no esté sujeto a condiciones previas no satisfechas, como por ejemplo que ambas partes consientan sobre el mecanismo elegido, o que ambos Estados sean parte del Convenio de Washington.

Así por ejemplo, si el consentimiento resulta incondicional y el inversionista decide elegir al CIADI, ello será suficiente para entablar la jurisdicción del Centro. Ahora bien, si la jurisdicción está sujeta a condiciones no satisfechas, el acceso al CIADI no estará protegido por el artículo 72, por ello la redacción es determinante.

²⁶⁹ FOURET, Julien: "Denunciation of the Washington Convention... *op. cit.*, p. 86. DURNEY, Mariana: "Legal Effects and Implications... *op. cit.*, pp. 289-290.

²⁷⁰ La aplicabilidad de la cláusula de nación más favorecida a cláusulas arbitrales ha sido rechazada, salvo en casos muy excepcionales. FIGUEROA, Kenneth Juan: "La Jurisprudencia sobre las cláusulas de nación más favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente". *Foro de Arbitraje en materia de Inversión: Tendencias y Novedades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 668, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 324. Consultado el 30 de agosto de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3386/11.pdf>

Con relación a las cláusulas que establecen la prelación en el acceso a los mecanismos de solución de controversias, es decir, que plantean alternativas ante la imposibilidad de acceder a determinado mecanismo, debemos destacar que en los casos donde existe consentimiento perfeccionado el inversor no está obligado a acudir a ningún otro mecanismo, y en aquellos casos donde la prelación se agota a disposición del inversor, queda a facultad de éste hacer uso de dicha prelación.

La prelación establecida en los TBI debe respetarse, sobre éste particular, el laudo del tribunal arbitral de *Nova Scotia Power versus Venezuela*, sobre asuntos de jurisdicción de fecha 30 de abril de 2010, resaltó la importancia de respetar la prelación establecida en el TBI.²⁷¹

Es por ello que debemos tomar en consideración este aspecto en los TBI de Venezuela que establecen una prelación en las opciones de arbitraje, a saber, Alemania, Barbados, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, Lituania, Perú, Portugal, el Reino Unido, República Checa, Uruguay, la Unión Belgo/Luxemburguesa, Suiza y Cuba.

c. Efectos sobre los TBI venezolanos que contemplan al CIADI

Habiendo analizado los posibles tipos de cláusula de solución de controversia, resta analizar los efectos que la denuncia del Convenio de Washington genera sobre los TBI venezolanos que contemplan a CIADI como mecanismo de solución de controversias, descritos en el Capítulo I de esta investigación.

TBI Alemania – Venezuela

La cláusula de solución de controversias de este TBI contiene un consentimiento incondicional, según el cual las partes se someterán al CIADI salvo que entre ellas exista un acuerdo en contrario para acudir a otro mecanismo. En consecuencia, concluimos que la denuncia del Convenio de

²⁷¹ Nova Scotia Power Incorporated contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB (AF)/11/1). Decisión del 30 de abril del 2014.

Washington no afecta el derecho del inversor de acudir al arbitraje CIADI, salvo que previo acuerdo entre las partes se convenga otro mecanismo.

TBI Argentina – Venezuela

La redacción de la cláusula de solución de controversias de este TBI establece que en una primera instancia la elección del órgano de arbitraje internacional a que se someterá la controversia está condicionada a un acuerdo entre las partes.

A falta de dicho acuerdo entre las partes, el TBI las obliga a recurrir al procedimiento CIADI para resolver la disputa; por lo que desde el punto de vista del Estado venezolano debería agotar las posibilidades de negociar un arbitraje ad hoc, de lo contrario quedaría obligado incondicionalmente a someterse al arbitraje CIADI.

TBI Barbados – Venezuela

En este TBI las partes estipularon que las controversias se someterán al procedimiento de arbitraje del CIADI a solicitud del inversionista, sin mediar alguna otra condición o requisito, es decir, la cláusula contiene un consentimiento incondicional. Inicialmente, la cláusula establecía otros mecanismos mientras Venezuela no fuera parte del Convenio de Washington, siendo que dicha condición fue satisfecha con anterioridad a la denuncia entendemos que el arbitraje ante el CIADI sigue vigente para los inversores.

TBI Unión Belgo/Luxemburguesa-Venezuela

La cláusula de solución de controversias de este Tratado establece de forma expresa que el consentimiento otorgado por los Estados parte en el Tratado es irrevocable y anticipado, por ello ante la denuncia del Convenio de Washington el consentimiento incondicional otorgado en este tratado se mantiene vigente permitiendo el acceso a dicho arbitraje, sin que medie

ninguna condición adicional, más que el cumplimiento del lapso de seis meses de solución amistosa.

TBI Canadá-Venezuela

En el marco de las disposiciones de este TBI el acceso al CIADI está expresamente condicionado a que ambos Estados parte sean contratantes del Convenio. En consecuencia, aun cuando Canadá ratificó el Convenio en el 2013, las disputas no podrán ser sometidas al arbitraje CIADI, siendo que la denuncia de Venezuela en el 2012 impide que se cumpla la condición exigida por la cláusula de solución de controversias. En este sentido, como sólo Canadá es parte del Convenio, las disputas que surjan serán sometidas a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

TBI Chile – Venezuela

La cláusula de solución de controversias de este TBI contiene un consentimiento incondicional al arbitraje CIADI una vez que el inversor elige el mecanismo arbitral por encima de las cortes nacionales, por lo cual, aun luego de la denuncia el mecanismo sigue vigente bajo este TBI para el inversor.

TBI Costa Rica – Venezuela

En este TBI las partes condicionaron expresamente el arbitraje CIADI a la vigencia para ambas del Convenio de Washington, por lo que una vez denunciado éste, la controversia no podrá ser sometida al arbitraje CIADI, sino al Mecanismo Complementario, o en su defecto, a un tribunal ad hoc establecido bajo las reglas de la CNUDMI.

TBI Dinamarca – Venezuela

El consentimiento de acudir al CIADI en este TBI estaba condicionado únicamente a la adhesión por parte de Venezuela del Convenio, por lo que consideramos que una vez cumplida dicha condición, la oferta de arbitraje de Venezuela sigue vigente aún después de la denuncia.

Sin embargo, tal y como establece la redacción de la cláusula, las partes pueden modificar las reglas contenidas en el TBI por mutuo acuerdo, siendo ésta la única alternativa para Venezuela de evitar ser sometida a un arbitraje ante el CIADI bajo este TBI.

TBI Ecuador – Venezuela

Como sabemos ambos Estados parte denunciaron el Convenio, sin embargo, la cláusula del TBI sólo condiciona el derecho de acudir al mecanismo CIADI a que ambas partes se adhirieran al Convenio de Washington, por lo que en nuestra opinión, tanto el inversor venezolano como el ecuatoriano, mantienen la posibilidad de acudir al CIADI, ya que frente a ellos la oferta de arbitraje se mantiene vigente contra ambos Estados hasta tanto denuncien o renegocien el TBI.

TBI España – Venezuela

Al igual que en el caso anterior, en este tratado el inversor mantiene la posibilidad de acudir al CIADI, aun después de la denuncia del Convenio, siendo que éste acceso sólo estaba sujeto a la condición de que los Estados se adhirieran al Convenio de Washington, condición que fue cumplida una vez que tanto España como Venezuela ratificaron el Convenio.

TBI Francia – Venezuela

Como mencionamos anteriormente, este TBI sólo contempla como mecanismo arbitral de solución de controversias al CIADI, sin ninguna otra alternativa de arbitraje para el inversor, es decir, contiene una cláusula que contempla al CIADI como foro exclusivo, por lo que en caso de quedar derogada dicha cláusula, frente cualquier controversia el inversor quedaría desprovisto de cualquier posibilidad arbitral y sometido para resolver controversias únicamente a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. Bajo este supuesto, el inversor ve menoscabado su derecho a elegir un órgano arbitral como mecanismo de solución de controversias,

quedando obligatoriamente sometido a la jurisdicción doméstica del otro Estado, con los riesgos y retrasos que existen en los sistemas judiciales.

Sin embargo, en virtud de la redacción de dicha cláusula que representa un consentimiento inequívoco, esta oferta dada por un Estado a los nacionales de la otra parte contratante en el TBI, mantiene su vigencia aún después de la denuncia del Convenio, siempre que el TBI no sea igualmente denunciado o renegociado.

TBI Lituania – Venezuela

Con relación a este TBI, si bien plantea otros mecanismos de solución de controversia, el consentimiento para el acceso al CIADI no está sometido a ninguna condición, por lo que la oferta de arbitraje para dicho mecanismo se mantiene vigente aún después de la denuncia.

TBI Países Bajos – Venezuela

En función de la redacción de la cláusula de solución de controversias se establece que las partes dan su consentimiento incondicional a someterse a los mecanismos establecidos en el TBI, por lo cual aun cuando haya sido denunciado el Convenio de Washington y este TBI se encuentre en aplicación de la cláusula de supervivencia, producto de la nota para no prorrogar la duración del TBI presentada por Venezuela, consideramos que la jurisdicción para acudir ante el CIADI sigue vigente para aquellas inversiones realizadas antes de la fecha de la notificación venezolana: el 01 de noviembre de 2008.

En este sentido, el Tribunal arbitral en el caso *OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela* de fecha 10 de marzo de 2015 aplicó las disposiciones del tratado bilateral, cuya cláusula de supervivencia lo mantiene vigente por 15 años luego de su terminación.²⁷²

²⁷² *OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/11/25) Laudo Arbitral del 10 de marzo de 2015. Consultado el 02 de abril de 2015 en:

TBI Paraguay – Venezuela

La cláusula de solución de controversias de este TBI establece un consentimiento incondicional, en virtud de lo cual el mecanismo del CIADI continúa en vigencia para los inversores amparados bajo este Tratado, al igual que los casos anteriores mencionados.

TBI Perú – Venezuela

Este tratado establece un consentimiento incondicional, por lo cual la oferta de arbitraje para el mecanismo del CIADI sigue vigente, y tal y como lo establece la cláusula, sólo a voluntad y elección del inversor podrá usarse otro mecanismo de solución de controversias distinto al CIADI.

TBI Portugal – Venezuela

Con relación a este tratado que contiene una cláusula de consentimiento condicionada, el mismo sujeta el mecanismo de arbitraje ante el CIADI a la condición de ser Estado parte del Convenio, en consecuencia, luego de la denuncia venezolana no estaría disponible dicho mecanismo, al no estar satisfecha la condición, debiendo el inversor acudir a los mecanismos subsidiarios, es decir, al Mecanismo Complementario o a un tribunal bajo las reglas de la CNUDMI.

TBI Reino Unido – Venezuela

Las disposiciones de este TBI sólo contienen una mera oferta para consentir y no una verdadera expresión de consentimiento, siendo que requieren que un acuerdo posterior de las partes, por lo cual este TBI no está amparado por el artículo 72 del Convenio, y luego de los seis meses posteriores a la denuncia esta mera oferta se extingue sin posibilidad de acceso al CIADI.

TBI República Checa – Venezuela

De la redacción de este tratado observamos que la condición estipulada para acceder al CIADI ya se cumplió siendo que ambos Estados ratificaron el Convenio, por lo cual el consentimiento para acceder a dicho mecanismo ya se perfeccionó. Sin embargo, la cláusula también establece que las partes de mutuo acuerdo pueden modificar las reglas contenidas en el TBI sobre los mecanismos de solución de controversias. Esta última posibilidad permitiría al Estado venezolano negociar acudir a otro mecanismo de solución de controversias diferente al CIADI, al igual que en el caso del TBI vigente con Dinamarca.

TBI Suecia – Venezuela

En este TBI las partes depositaron su consentimiento incondicional en el acceso al CIADI, siendo que la misma cláusula así expresamente lo establece, por lo que mantienen su vigencia aun después de la denuncia del Convenio. Adicionalmente, los Estados Parte contemplaron que el consentimiento en ella establecido satisface el consentimiento por escrito, requerido por el Convenio de Washington para la jurisdicción del Centro.

Al igual que en TBI anteriores, esta cláusula también plantea la posibilidad de que las partes de mutuo acuerdo pueden acordar modificar estas reglas, en cuyo caso puede variar el acceso al CIADI como primera alternativa de solución de controversias para el inversor.

TBI Suiza – Venezuela

En la cláusula de solución de controversias de este TBI está presente un consentimiento incondicional para el acceso al CIADI, salvo que las partes de mutuo acuerdo convengan otro mecanismo, que constituye la única condición de este TBI. Sin embargo, no puede entenderse que producto de la denuncia el inversor pierda el derecho de acceder al CIADI que le otorga este tratado bilateral.

TBI Uruguay – Venezuela

En nuestra opinión este TBI contiene un consentimiento incondicional que establece al inversor el derecho de acceder al CIADI, salvo que las partes acuerden someterse a otro mecanismo, como lo establece el aparte final de la cláusula de solución de controversias.

Conclusiones

Como mencionamos anteriormente Venezuela mantiene vigentes veintiséis tratados bilaterales de inversión,²⁷³ de los cuales veintiuno contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias.²⁷⁴

Dentro de los TBI que establecen al CIADI como mecanismo de solución de controversias, tenemos que la gran mayoría, doce en total, establecen consentimiento incondicional al mecanismo de solución de controversias del CIADI, permaneciendo dicho consentimiento vigente luego de la denuncia del Convenio de Washington.²⁷⁵

Por otra parte, seis de los TBI que contemplan al CIADI establecen la posibilidad de que las partes de mutuo acuerdo pacten en contrario y modifiquen los mecanismos de solución de controversias establecidos en su texto,²⁷⁶ por lo cual el desarrollo de una buena negociación por parte del Estado venezolano podría evitar la sumisión al CIADI en estos TBI en que dicha negociación puede sustituir la jurisdicción otorgada por el tratado.

Dentro de los TBI que contemplan al CIADI, nueve de ellos estipulan un consentimiento condicionado,²⁷⁷ de los cuales a su vez, sólo cinco materializaron dicha condición, siendo que se trataba de la ratificación del

²⁷³ En el listado fue incluido el TBI Países Bajos – Venezuela, siendo que durante el período establecido en la cláusula de supervivencia, Venezuela está sujeta a sus disposiciones.

²⁷⁴ Del listado fue excluido de los TBI que contemplan al CIADI el TBI Irán – Venezuela, siendo que hace referencia al CIADI en último estadio, y adicionalmente, Irán no es parte del Convenio de Washington.

²⁷⁵ Los TBI suscritos por Alemania, Argentina, Chile, Francia, Lituania, Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia, Suiza, la Unión Belga/Luxemburguesa y Uruguay.

²⁷⁶ Los TBI suscritos con Alemania, Argentina, Dinamarca, Suecia, Suiza y Uruguay.

²⁷⁷ Los TBI suscritos con Barbados, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Reino Unido, República Checa y Portugal.

Convenio por los Estados parte del TBI,²⁷⁸ y por el contrario, cuatro de ellos quedaron excluidos de la jurisdicción del CIADI por no quedar satisfecha la condición requerida por el TBI y en consecuencia, no perfeccionarse el consentimiento.²⁷⁹

De este análisis observamos que gran parte de los TBI vigentes de la República siguen comprometiendo a Venezuela ante el mecanismo de solución de controversias CIADI, aun luego de la denuncia del Convenio de Washington, por lo que no puede desconocerse la jurisdicción del Centro que aún prevalece.

d. Eventual aplicación de la cláusula de supervivencia del TBI

Tal y como se expuso anteriormente, aun después de la denuncia del Convenio de Washington, el Estado venezolano sigue vinculado al CIADI por la vigencia de los TBI cuyas cláusulas contienen un consentimiento inequívoco a su jurisdicción.

En este sentido, si el Estado venezolano desea desvincularse del CIADI debería proceder a denunciar o renegociar cada uno de los TBI que lo mantienen obligado al Centro.

Conviene destacar que ante una potencial denuncia, los efectos del TBI se mantienen vigentes por el periodo establecido en la cláusula de supervivencia de cada tratado, para aquellas inversiones hechas antes de la denuncia del TBI.

En este orden de ideas, el mecanismo arbitral del CIADI contenido en la cláusula de solución de controversias de cada TBI quedaría bajo la protección de la cláusula de supervivencia,²⁸⁰ y mantendrían su vigencia ante

²⁷⁸ La materializaron los TBI suscritos con Barbados, Dinamarca, Ecuador, España y República Checa; con excepción del TBI Canadá – Venezuela que no materializó dicha condición por no haber ratificado Canadá el Convenio de Washington.

²⁷⁹ Los TBI suscritos con Canadá como mencionamos ut supra, Costa Rica, Reino Unido y Portugal.

²⁸⁰ En este sentido, los TBI contemplan expresamente la protección de sus disposiciones en su cláusula de supervivencia.

una eventual denuncia de dichos tratados, por el tiempo establecido en las cláusulas de supervivencia respectivas que oscila entre 5 y 15 años.

En consecuencia, las cláusulas de supervivencia juegan un papel importante en la vigencia de las obligaciones y derechos más allá de la fecha de su denuncia, entre estos derechos protegidos se encuentra el acceso a la jurisdicción del CIADI para los tratados que contengan un consentimiento incondicional. Por lo que una eventual denuncia de los TBI por parte de Venezuela, puede no liberar de inmediato al Estado venezolano de su vinculación frente al Centro.

e. La nueva Ley de Inversiones Extranjeras

En otro orden de ideas, cabe acotar que recientemente, a finales del año 2014 entró en vigencia la nueva Ley de Inversiones Extranjeras,²⁸¹ que derogó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones,²⁸² eliminando por completo las disposiciones relativas a los mecanismos de solución de controversias de la normativa anterior, en aras de satisfacer los requerimientos de la orientación política del gobierno actual, de evitar la sumisión del Estado a tribunales arbitrales extranjeros.

Esta nueva disposición establece en su artículo 5:

“Las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias contruidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe”.²⁸³

²⁸¹ Decreto N° 1.438 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014.

²⁸² Decreto N° 356 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390 de fecha 22 de octubre de 1999.

²⁸³ *Ibid.*

En este sentido, destaca que no hay mención alguna a los tratados o acuerdos suscritos por la República, y se prevé la participación facultativa del país en mecanismos de solución de controversias en el marco de América Latina y el Caribe.

A priori esta reforma elimina los avances de la ley anterior con su controversial oferta de arbitraje, y pareciera someter las inversiones extranjeras sólo al sistema nacional de justicia, sin embargo, nos remite ineludiblemente a la Constitución Nacional.

Por ello, analizando detalladamente el artículo 5 observamos que la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de inversiones extranjeras está condicionada a su vez a las disposiciones de la Constitución venezolana, que como analizamos *ut supra*, establece un foro amigable al arbitraje, lo reconoce como un medio alternativo para la solución de conflictos y contempla un sistema de inmunidad relativa sobre la sumisión al arbitraje de los entes del Estado. En consecuencia, someter las controversias en materia de inversión extranjera a mecanismos arbitrales de conformidad con la Constitución Nacional, no implicaría quebrantamiento alguno de las disposiciones de la nueva Ley de Inversiones Extranjeras.

Con relación a ello al papel protagónico que la ley otorga al sistema nacional de justicia, debemos considerar las palabras de Anabella Abadi y Carlos Garcia Soto, ya que en Venezuela para ejecutar el cumplimiento de un contrato a través de mecanismos formales, se requieren aproximadamente 30 trámites, que implican 610 días y pueden llegar a costar el 43,7% del monto reclamado, además de los 4 años en promedio que se requieren para recuperar la deuda.²⁸⁴

En rasgos generales esta nueva legislación desvía radicalmente su finalidad en comparación con la ley anterior, no busca proteger ni promover las

²⁸⁴ ABADI, Anabella y GARCIA SOTO, Carlos: *¿Venezuela promueve o bloquea la inversión extranjera?* PRODAVINCI, 2014. Consultado el 02 de abril de 2015 en: <http://prodavinci.com/blogs/venezuela-promueve-o-bloquea-la-inversion-extranjera-por-anabella-abadi-y-carlos-garcia-soto/>.

inversiones, por el contrario, lejos de fomentarlas crea mecanismos burocráticos para controlar y restringir, y establece sanciones que ineludiblemente alejarán al inversor.

Sin embargo, para los efectos de esta investigación, la reforma de la ley especial no modifica ni altera la vigencia de los tratados bilaterales vigentes con la República, bajo los cuales como analizamos previamente, se mantienen vínculos con el mecanismo arbitral CIADI.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

El sistema de solución de controversias y el arbitraje bajo el mecanismo del CIADI tienen su base en el consentimiento de las partes, siendo que “es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”,²⁸⁵ en consecuencia, los derechos y obligaciones son válidos y mantienen su vigencia siempre que medie el consentimiento de las partes.

Es por ello que resulta crucial determinar la existencia y vigencia del consentimiento para determinar la jurisdicción del Centro en una controversia.

Inicialmente, cuando se creó el Convenio CIADI el consentimiento provenía de acuerdos de arbitraje entre las partes, sin embargo, actualmente las fuentes de consentimiento se han ampliado debido a la proliferación de tratados bilaterales y multilaterales que contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias.²⁸⁶

Como analizamos en el Capítulo I, existen varias posturas con relación a la naturaleza de la cláusula de solución de controversias del TBI. Sin embargo, nuestra postura acepta que las cláusulas de solución de controversias per se son expresiones de voluntad mediante las cuales el Estado soberano, limita su soberanía comprometiéndose a someter las controversias que surjan ante un determinado mecanismo de solución de disputas como puede ser el CIADI.²⁸⁷

En este sentido, concordamos con la mayoría de los doctrinarios en afirmar que las cláusulas de solución de controversias de los TBI constituyen

²⁸⁵ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO: *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. 1965, Párr. 23. Consultado el 28 de febrero de 2015 de: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>.

²⁸⁶ TEJERA PÉREZ, Victorino: *Arbitraje de Inversiones...* op. cit., p. 78.

²⁸⁷ DURNEY, Mariana: “Legal Effects and Implications...” op. cit., p. 270.

expresiones de consentimiento del Estado, mediante las cuales queda obligado internacionalmente.

Los TBI son tratados que al ser suscritos y ratificados por el Estado le generan derechos y obligaciones; sin embargo, la vinculación del Estado varía según los términos expresados en la cláusula, los cuales deben ser interpretados con base a los principios de interpretación del Derecho de los Tratados, por ser instrumentos de Derecho Internacional Público.²⁸⁸

La vigencia del consentimiento contenido en la cláusula coincide con la vigencia del TBI, incluyendo su cláusula de supervivencia, por lo cual el Estado deberá desvincularse del Tratado para desvincularse igualmente del mecanismo de solución de controversias al cual otorgó su consentimiento de forma anticipada, pudiendo denunciar o renegociar el TBI en cuestión.

Estas conclusiones se refuerzan al analizar las cláusulas contempladas en los TBI vigentes para Venezuela, en muchos de los cuales los Estados parte expresamente otorgaron su consentimiento irrevocable a la jurisdicción del CIADI.

Con relación a los TBI vigentes para Venezuela, observamos que nuestro país cuenta con veintiséis tratados vigentes, de los cuales veintiuno de ellos contemplan al CIADI como mecanismo de solución de controversias,²⁸⁹ con lo cual la denuncia del Convenio de Washington implica una revisión en las obligaciones internacionales de la República.

Si bien los últimos TBI negociados por la República contemplaron otros mecanismos de solución de controversias, y se excluyó al CIADI de las disposiciones, el bagaje de los TBI ya concretados durante los años noventa representa aún la gran mayoría de los TBI vigentes para Venezuela.

²⁸⁸ Dichos principios están contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ver SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 250-251.

²⁸⁹ Los TBI de Alemania, Argentina, Chile, Barbados, Canadá, Chile, Costa Rica, Unión Belga Luxemburguesa, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Lituania. Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay.

En la revisión de cada una de las cláusulas de los veintiún TBI que contemplan al CIADI, encontramos que doce de ellos sugieren un consentimiento incondicional,²⁹⁰ mientras que los restantes nueve TBI condicionan el consentimiento²⁹¹ a la ratificación del Convenio de Washington por parte de los Estados, a que ambos Estados sean miembros del Convenio, entre otras condiciones.

Ahora bien, para determinar los efectos de la denuncia del Convenio de Washington, debemos analizar la vinculación entre las cláusulas de los TBI y los artículos del Convenio que regulan su denuncia, siendo que el análisis no debe realizarse de forma aislada.

En este sentido, el sistema del CIADI instituido a través del Convenio de Washington fue diseñado en principio para regular situaciones en las cuales el consentimiento de ambas partes se daba de forma simultánea, sin embargo, las condiciones actuales han cambiado, y por lo general el consentimiento ocurre en momentos e instrumentos separados, cada uno de los cuales posee además su naturaleza particular que a su vez determina su interpretación y vigencia, todo esto debe ser tomado en consideración al momento de interpretar los artículos 71 y 72 del Convenio.

Las disposiciones de dichos artículos regulan los aspectos relativos a la denuncia del Convenio, mientras que el artículo 71 determina la vigencia de la denuncia, el artículo 72 actúa como cláusula de supervivencia protegiendo los efectos del consentimiento otorgado durante la vigencia del Convenio.

Por ello, la denuncia del Convenio de Washington debe ser entendida en el marco de las disposiciones de sus artículos 71 y 72, que buscan proteger el

²⁹⁰ Los TBI suscritos por Alemania, Argentina, Chile, Francia, Lituania. Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia, Suiza, la Unión Belgo/Luxemburguesa y Uruguay.

²⁹¹ Los TBI suscritos con Barbados, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Reino Unido, República Checa y Portugal.

consentimiento otorgado previo a la denuncia, para garantizar seguridad jurídica al inversor, fin último del Convenio.²⁹²

Sin embargo, de la lectura de ambos artículos se ha originado un debate doctrinario entre los estudiosos en la materia, que versa sobre el carácter del consentimiento protegido, sea unilateral o mutuo, y la fecha crítica o de efectividad de los efectos de la denuncia.

De esta manera, podemos dividir a la doctrina entre quienes sostienen que el consentimiento protegido es mutuo y la fecha efectiva de la denuncia es al momento de la notificación; quienes argumentando que el consentimiento es mutuo sostienen que puede perfeccionarse durante el lapso de seis meses posteriores a la denuncia,²⁹³ y finalmente, quienes consideran que el consentimiento protegido es unilateral y puede perfeccionarse en cualquier momento después de la denuncia, según como esté estructurado dicho consentimiento.

Tal y como expusimos en el Capítulo II, bajo nuestro enfoque el artículo 72 protege el consentimiento unilateral y éste podrá perfeccionarse aún luego de la denuncia, siempre que el consentimiento haya sido otorgado de forma irrevocable, es decir, sea inequívoco y no una mera declaración.²⁹⁴

Así, el artículo 72 no modifica el aspecto temporal de la denuncia regulado por el artículo 71, sino que incorpora una excepción material, excluyendo de los efectos de la denuncia las obligaciones y derechos surgidos del consentimiento previamente otorgado por el Estado, al igual que modifica el requisito establecido por el artículo 25 de ser parte contratante en el Convenio para que el Centro tenga jurisdicción.

Adicionalmente, dicho artículo busca complementar las disposiciones del artículo 25, que protege el consentimiento otorgado por ambas partes,

²⁹² TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 28.

²⁹³ Posición que asume el tribunal Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela ... *op. cit.*

²⁹⁴ MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op.cit.*, p. 210.

mientras que el artículo 72 busca proteger el consentimiento unilateral válidamente otorgado que sobrevive a la denuncia del Convenio, como creador de derechos y obligaciones al inversor y al Estado.

Ahora bien, la denuncia del Convenio no puede implicar el retiro del consentimiento dado mediante un TBI, ya que el consentimiento está contenido en instrumentos diferentes que preservan el consentimiento y mantienen su vigencia bajo sus propios términos.

De igual forma, concordamos con los autores Mantilla-Serrano, Nolan y Sourgens, en que el Estado permanece vinculado por el consentimiento unilateral otorgado en el TBI, según el principio de buena fe, de *pacta sunt servanda* y por las legítimas expectativas de los inversores en torno al mecanismo arbitral, ya que la cláusula de solución de controversias forma parte de los derechos sustantivos del inversor.²⁹⁵

En consecuencia, la validez del retiro del consentimiento depende del derecho aplicable al instrumento que lo contenga, ya que el Convenio tiene lagunas sobre este aspecto. De esta forma cuando el consentimiento está contenido en un TBI para que el retiro sea válido debe darse conforme a los términos del acuerdo y según el derecho de los tratados.²⁹⁶ Las obligaciones que surjan del consentimiento previo y no sean válidamente retiradas, seguirán vigentes aun después de la denuncia, sin que el Convenio establezca un límite para su vigencia.²⁹⁷

Debemos considerar que entre el Convenio de Washington y los TBI, ciertamente, existe una vinculación, siendo que los mismos tratados hacen referencia a la ratificación del Convenio como condición para acudir al arbitraje CIADI, en caso contrario la vía disponible es el Mecanismo Complementario.

²⁹⁵ NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between... *op.cit.*, p. 29; p. 33. MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia... *op.cit.*, pp. 211-212.

²⁹⁶ TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever?... *op. cit.*, p. 27.

²⁹⁷ GARIBALDI, Oscar. "On the Denunciation ... *op. cit.*, pp. 270- 271.

Sin embargo, debemos considerar que una vez satisfecha dicha condición de adhesión al Convenio, la cláusula de solución de controversias queda perfeccionada, y bajo el supuesto de una posterior denuncia del Convenio, ésta no puede anular las disposiciones vigentes del tratado, bajo las cuales surgieron obligaciones para el Estado y expectativas legítimas para el inversionista, conforme al principio de buena fe.

En consecuencia, a pesar de la vinculación entre ambos tratados internacionales la denuncia de uno, no afecta la suerte del otro, siendo que los TBI son tratados independientes y autónomos del Convenio de Washington.

Como expusimos a lo largo de esta investigación, el aspecto clave en la vigencia de las cláusulas de solución de controversias radica fundamentalmente en su redacción, que determinará si en efecto contiene un consentimiento incondicional o inequívoco, o por el contrario, están sujetas a una condición, o constituyen una mera oferta, en cuyos casos no establece derechos al inversionista ni obligaciones a los Estados parte.

Por otra parte, esto no implica que el consentimiento del Estado no pueda retirarse o revocarse bajo ningún concepto, sino que este retiro debe hacerse válidamente, en función de la naturaleza del instrumento que lo contiene, en el caso de los TBI bajo los términos del tratado, bien sea renegociando sus disposiciones o denunciando el tratado.

La denuncia del Convenio como tratado independiente no puede servir de base para el retiro del consentimiento dado en un TBI, ello vaciaría de contenido al TBI y acabaría con las legítimas expectativas y derechos sustantivos del inversionista. Ello no es cónsono con la finalidad del Convenio: brindar seguridad jurídica y proveer de un foro institucional y estable al inversionista. Los TBI ratificados antes de la denuncia constituyen obligaciones previas asumidas, y por lo tanto, subsisten bajo las disposiciones del mismo Convenio.

Ahora bien, los TBI contienen diversas cláusulas que oscilan desde las cláusulas incondicionales, que mantienen su vigencia a pesar de la denuncia, hasta las condicionadas, cuyos requerimientos deben satisfacerse para que exista jurisdicción por parte del Centro. Igualmente, están las cláusulas que contemplan al CIADI como foro exclusivo, en cuyo caso al perder vigencia, el inversor podría activar la responsabilidad del Estado denunciante por denegación de justicia, en caso de no existir ningún mecanismo adicional de solución de controversias. Por otra parte, en las cláusulas que contemplan múltiples mecanismos de solución de controversias, el inversor podrá hacer uso de las opciones que le brinda, y si la cláusula no establece condición alguna, en su defecto, deberá respetar la jerarquía y las condiciones establecidas para recurrir a los mecanismos estipulados.

Ahora bien, de los veintidós TBI que anteriormente mencionamos establecían al CIADI como mecanismo de solución de controversias, doce de ellos por su redacción contienen un consentimiento incondicional, cuyas cláusulas mantienen su vigencia luego de la denuncia.²⁹⁸

Por otra parte, seis de los TBI que contemplan al CIADI aceptan la posibilidad de que las partes acuerden en contrario mecanismos diferentes a los establecidos, modificando la cláusula, con lo cual Venezuela podría evadir un posible arbitraje frente al CIADI mediante una buena negociación con los inversores de los TBI de suscritos con Alemania, Argentina, Dinamarca, Suecia, Suiza y Uruguay.

En cuanto a los nueve TBI que contienen cláusulas condicionadas,²⁹⁹ tenemos que en sólo cinco se perfeccionó el consentimiento, al materializarse la condición que versaba en la adhesión de Venezuela al

²⁹⁸ Los TBI suscritos por Alemania, Argentina, Chile, Francia, Lituania, Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia, Suiza, la Unión Belga/Luxemburguesa y Uruguay.

²⁹⁹ Los TBI suscritos con Barbados, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Reino Unido, República Checa y Portugal.

Convenio de Washington, con lo cual el consentimiento sigue vigente;³⁰⁰ las cláusulas de solución de controversias de los cuatro TBI restantes cuya condición no fue satisfecha, perdieron su vigencia.³⁰¹

En síntesis, las cláusulas de solución de controversias de diecisiete TBI vigentes mantienen vinculado al Estado venezolano frente al CIADI, aun a pesar de la denuncia del Convenio de Washington.

En otro orden de ideas, la posición crítica de Venezuela ante el CIADI no resulta aislada, ciertamente la UNCTAD reporta una necesidad de cambio del régimen de acuerdos de inversión actual, lo que supone también una revisión de las disposiciones de los TBI actuales y futuros.³⁰² En palabras de la UNCTAD, las preocupaciones engloban el balance entre los derechos y obligaciones de los Estados e inversores y la complejidad sistémica del régimen de acuerdos de inversión, en este sentido, las reformas deben venir en línea con la complejidad del sistema y con el imperativo del desarrollo sostenible.³⁰³

Sin embargo, la reforma del sistema debe ser hecha de forma coordinada desde un punto de vista multilateral, tomando en cuenta la interrelación existente entre muchos acuerdos bilaterales y regionales, y el objetivo común de orientar el nuevo esquema de acuerdos hacia la sustentabilidad.³⁰⁴

Con la denuncia del CIADI Venezuela no logra desvincularse por completo del mecanismo de arbitraje, ya que si bien no se concretarán nuevas ofertas de arbitraje, como se mencionó *ut supra*, siguen vigentes y exigibles las cláusulas de solución de controversias de diecisiete TBI, mediante los cuales el país sigue sujeto a la jurisdicción del Centro.

³⁰⁰ Nos referimos a los TBI suscritos con Barbados, Dinamarca, Ecuador, España y República Checa; con excepción del TBI Canadá – Venezuela que no materializó dicha condición por no haber ratificado Canadá el Convenio de Washington.

³⁰¹ El TBI suscrito con Canadá, Costa Rica, Reino Unido y Portugal.

³⁰² UNCTAD: World Investment Report 2014, Ginebra, p. xxiii. Consultado el 22 de marzo de 2015 en: http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf.

³⁰³ *Ibid.*, p. xxv.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. xxv.

Por otra parte, la posibilidad de negociación con el inversor es limitada, ya que sólo seis de los TBI que contemplan al CIADI permiten la posibilidad de negociación entre las partes para modificar las opciones de mecanismos de solución de controversias.

a. Posibles escenarios para desvincularse del CIADI.

Venezuela como Estado parte del Convenio de Washington, estaba en su legítimo derecho de denunciar el Convenio en cualquier momento y sin justificación alguna.

Ahora bien, ello no implica que logró desvincularse por completo del mecanismo de arbitraje del CIADI, para ello se requiere que los TBI que obligan al arbitraje ante el Centro sean renegociados con los Estados parte o denunciados por la República, en cuyo último supuesto se activarán, como sostuvimos previamente, las cláusulas de supervivencia de cada tratado bilateral.

En este sentido, desvincularse del sistema no resulta imposible para un Estado, pero si requiere para lograrlo de una serie de acciones planificadas desde el punto de vista jurídico, y no basta con la simple denuncia del Convenio de Washington.

Por otra parte, la denuncia no elimina la posibilidad de quedar sometidos ante el Mecanismo Complementario, por lo que las negociaciones de los tratados bilaterales también deben considerar las disposiciones que establecen dicho mecanismo.

b. A modo de colofón

El Estado venezolano ejerció su legítimo derecho de denunciar el Convenio de Washington, por consiguiente en base al artículo 71 de dicho Convenio, los derechos y obligaciones de Venezuela se extinguieron desde el 25 de julio de 2012. Sin embargo, con base a nuestra investigación, a la luz del artículo 72 las obligaciones derivadas del consentimiento de Venezuela

previamente otorgado a la jurisdicción del CIADI, subsisten a la denuncia, entre esas obligaciones aún vigentes encontramos los TBI que contemplan al CIADI en los que Venezuela dio su consentimiento incondicional, por lo que la redacción de cada tratado es crucial en el análisis que debe hacerse caso por caso.

Cada tribunal arbitral deberá determinar en el caso en concreto si nos encontramos ante una obligación que subsiste a la denuncia.

Ahora bien, observando la materia de inversión extranjera desde un enfoque global, dudamos que esta decisión impacte positivamente en la competitividad de Venezuela a nivel internacional, cuya economía obtuvo la posición 131 de 148 economías analizadas en el Reporte de Competitividad Global 2014 desarrollado por el Foro Mundial Económico,³⁰⁵ especialmente cuando los indicadores vinculados con corrupción e independencia del sistema judicial son alarmantes,³⁰⁶ y resulta inquietante el nivel de eficiencia en la aplicación del marco legal para la resolución de litigios,³⁰⁷ todo esto en un país cuya nueva Ley de Inversiones Extranjeras pretende someter la resolución de controversias a las decisiones de los tribunales domésticos.

Igualmente, compartimos la preocupación de nuestra colega Laura González sobre el impacto económico que generarán los laudos de los casos aún pendientes ante CIADI, sobre las actuales condiciones económicas del país y las reservas internacionales,³⁰⁸ las decisiones políticas de los dirigentes de turno generan costosas consecuencias para toda una Nación que trascienden los intereses políticos del momento.

Bajo el actual modelo estatista, todo parece apuntar que Venezuela colocó la marcha en retroceso, la denuncia del Convenio CIADI y la nueva ley nacional

³⁰⁵ FORO ECONÓMICO MUNDIAL: *Global Competitiveness Report 2014-2015*. Recuperado el 12 de abril de 2015 de: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/economies/#indexId=GCI&economy=VEN>.

³⁰⁶ En materia de corrupción del sistema judicial Venezuela obtuvo una puntuación de 1.8, y en torno a la independencia judicial obtuvo una calificación de 1.1, ambas en una escala del 1 al 7, siendo 7 la mejor puntuación.

³⁰⁷ En este indicador Venezuela obtuvo 1.5, en una escala del 1 al 7, siendo 7 la mejor puntuación.

³⁰⁸ GONZALEZ, Laura: *Los Efectos Jurídicos de la denuncia del Convenio CIADI por parte de la República Bolivariana de Venezuela*. Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en negocios Internacionales. Universidad Metropolitana. 2014. p. 70.

promulgada en materia de inversiones, son pasos que nos demuestran que el incentivo de la inversión, no forma parte de la agenda política actual. En consecuencia, esta denuncia se traduce irremediabilmente en menor inversión extranjera ante la ausencia de seguridad jurídica en el país.

ABREVIATURAS

ALBA: Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América

ALBA-TCP: Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos

CAN: Comunidad Andina de Naciones.

CIADI o el Centro: Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional.

Convenio de Washington o Convenio CIADI: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Mercosur: Mercado Común del Sur.

TBI: Tratado(s) Bilateral de Inversión.

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia

UNASUR: Unión de Naciones Suramericanas

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. Bibliografía Nacional y Extranjera

ABADI, Anabella y GARCIA SOTO, Carlos: *¿Venezuela promueve o bloquea la inversión extranjera?* PRODAVINCI, 2014. Consultado el 02 de abril de 2015 en: <http://prodavinci.com/blogs/venezuela-promueve-o-bloquea-la-inversion-extranjera-por-anabella-abadi-y-carlos-garcia-soto/>.

ALVAREZ, José E: *The Public International Law Regime Governing International Investment*. La Haya, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2011.

AUST, Anthony: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge. Cambridge University Press, 2002.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO: *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. 1965. Consultado el 28 de febrero de 2015 de: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>.

BJORKLUND, Andrea: "The Emerging Civilization of Investment Arbitration". Vol. 113 N° 4 *Penn State Law Review*, 2009.

BROCHES, Aron: "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States". *Recueil des Cours*, Vol. 136 (1972-II). La Haya. Academia de Derecho Internacional de La Haya.

CASTRO DE FIGUEIREDO, Roberto: "Euro Telecom v. Bolivia: The denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs". *Transnational Dispute Management* Vol. 6, 2009.

CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David: “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”. *Arbitraje* N° 2-2004. *DeCITA: Derecho del comercio internacional temas y actualidades*. Buenos Aires: Zavalía.

CREMADES, Bernardo: “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties”. *Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns*, Alemania, 2001.

DURNEY, Mariana: “Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent contained in Bilateral Investment Treaties: A perspective from Latin American Cases”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 17, 2013.

FIGUEROA, Kenneth Juan: “La Jurisprudencia sobre las cláusulas de nación más favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente”. *Foro de Arbitraje en materia de Inversión: Tendencias y Novedades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 668, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. Consultado el 30 de agosto de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3386/11.pdf>.

FORO ECONÓMICO MUNDIAL: Global Competitiveness Report 2014-2015. Recuperado el 12 de abril de 2015 de: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/economies/#indexId=GCI&economy=VEN>.

FOURET, Julien: “Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: Manufacturing Consent to ICSID Arbitration?” *Journal of International Arbitration* 2008.

FRANCK, Susan: “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future”. *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*. Vol. 12, No. 47, 2005.

GAILLARD, Emmanuel: "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*. Vol. 237- N° 122, 2007.

GARIBALDI, Oscar: "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy". En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford Scholarship Online, 2009.

GHOURI, Ahmad Ali: "The Evolution of Bilateral Investment Treaties, Investment Treaty Arbitration and International Investment Law". *International Arbitration Law Review*, Vol. 14, No. 6, 2011. Consultado el 04 de mayo de 2013 de: <http://ssrn.com/abstract=1970561>.

GONZÁLEZ, Laura: Los Efectos Jurídicos de la denuncia del Convenio CIADI por parte de la República Bolivariana de Venezuela. Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en negocios Internacionales. Universidad Metropolitana. 2014.

HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: "Las recientes transformaciones jurisprudenciales del arbitraje en Venezuela". Arbitraje en Venezuela. Colección Estado de Derecho, Tomo VII. Caracas. Academia de Ciencia Políticas, Acceso a la Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Universidad Metropolitana, 2012.

HIRSCH, Moshe: "Sources of International Investment Law." *International Law Forum*. The Hebrew University of Jerusalem. Research Paper, 2011, p. 3 y 4. CREMADES, Bernardo: "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties", 2001.

MANTILLA-SERRANO, Fernando: "La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?". *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 6. 2008.

MCLACHLAN, Campbell: "Investment Treaties and General International Law". En *Investment Treaty Law: Current Issues III*. British Institute of International and Comparative Law, 2009.

MEZGRAVIS, Andrés A. y GONZÁLEZ, C. "Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked". *Transnational Dispute Management*. Vol. Provisional, 2012.

MEZGRAVIS, Andrés A.: "El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones", En Carlos A. Soto Coaguila (director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo II. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2011.

NEWCOMBE Andrew y PARADELL Lluís: "Law and Practice of Investment Treaties". The Netherlands. *Kluwer Law International*, 2009.

NOLAN, Michael D. y SOURGENS, Frédéric G.: "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (possible) Venezuela Case Study". *Transnational Dispute Management*, 2007.

PARRA, Antonio: "Participation in the ICSID Convention". En *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*. JurisNet, LLC, 2010.

PETTERSSON STOLK, Roland: *La Salida de Venezuela del CIADI: Sus efectos jurídicos desde el punto de vista de la Inversión Extranjera*. Consultado el 11 de noviembre de 2014 de: <http://www.badellgrau.com/?pag=17&ct=1153>.

QURESHI, Khawar: *Bilateral Investment Treaties (BITs): The Essentials*. McNair Chambers, 2007, Documento en línea, consultado el 19 de mayo de 2013 en: [http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/InvestmentTreatyEssentials .pdf](http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/InvestmentTreatyEssentials.pdf).

RASTEGAR, Keyvan: "Denouncing ICSID" En *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford Scholarship Online. 2009.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Entorno a la denuncia de Venezuela del CIADI*. Caracas, 2012.

SALACUSE, Jeswald: *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, 2010.

_____: *The three Laws of International Investment*. Oxford University Press. 2013.

SCHILL, Stephan. "Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach". *Virginia Journal of International Law Association*. 2011, Vol 52, N° 1.

SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony: *The ICSID Convention: A Commentary*, 2da Edición. Cambrigde. Cambrigde University Press, 2009.

_____: *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambrigde. Cambrigde University Press, 2001.

TEJERA PÉREZ, Victorino: "Arbitraje de Inversiones en Venezuela". Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten y WACKERNAGEL, Clemens: "Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, N° 1, 2009.

UNCTAD: *World Investment Report 2012*, Ginebra, 2012, p. xx. Consultado el 14 de mayo de 2013 en: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>.

_____ : *World Investment Report 2014*, Ginebra, 2014, p. xxiii.
Consultado el 22 de marzo de 2015 en:
http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf.

VAN HARTEN, Gus: "The Public-Private distinction in the International Arbitration of Individual claims against the State", 2009. Consultado el 06 de junio de 2014 en:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461125.

VANDEVELDE, Kenneth J.: "A Brief History of International Investment Agreements". U. C. Davis Journal of International Law & Policy, Vol. 12, N° 1, 2005. Consultado el 23 de mayo de 2015 en:
<http://ssrn.com/abstract=1478757>.

b. Tratados Internacionales

Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección recíprocas de Inversión (2001). Consultado el 17 de febrero de 2015 de:
<http://www.conapri.org/download/Vzla-Francia.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (1993). Consultado el 17 de febrero de 2015 en:
<http://www.conapri.org/download/Vzla-Argentina.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones (1994). Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Barbados.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Canadá para la Promoción y la Protección de Inversiones (1996). Consultado el 17 de febrero de 2015 de:
<http://www.conapri.org/download/Vzla-Canada.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Chile sobre Promoción y Protección de Inversiones. (1993) Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Chile.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (1994). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Dinamarca.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Lituania para la Promoción y Protección de Inversiones (1995). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Lituania.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Portuguesa para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones (1994). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Portugal.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones (1995). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-GranBretana.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1996). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Suecia.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1997). Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Uruguay.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (1993). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Suiza.pdf>.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1998). Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/Vzla-BelgicaLux.pdf>.

Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1995). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Espana.pdf>.

Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1995). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-RepublicaCheca.pdf>.

Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1997). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-CostaRica.pdf>.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (1993). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Ecuador.pdf>.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección de Inversiones (1996). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Peru.pdf>.

Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (1991). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-PaisesBajos.pdf>.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965)

Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Paraguay (1996). Consultado el 17 de febrero de 2015 de: <http://www.conapri.org/download/Vzla-Paraguay.pdf>.

Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1996). Consultado el 17 de febrero de 2015 en: <http://www.conapri.org/download/VzlaAlemania.pdf>.

c. Normativa interna venezolana

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Decreto N° 1.438 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014.

Decreto N° 356 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390 de fecha 22 de octubre de 1999.

d. Jurisprudencia venezolana

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Decisión N° 1.541 del 17 de octubre de 2008. Consultada en fecha 16 de febrero de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Decisión N° 97 del 11 de febrero de 2009. Consultada el 03 de mayo de 2015 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/97-11209-2009-08-0306.HTML>.

e. Laudos arbitrales

Agustin Maffezini, Emilio contra El Reino de España, (Caso CIADI N° ARB/97/7). Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 20 de enero de 2000.

Nova Scotia Power Incorporated contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB (AF)/11/1). Decisión del 30 de abril del 2014.

OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/11/25). Laudo Arbitral del 10 de marzo de 2015.

Siemens A.G. contra La República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/8). Decisión sobre jurisdicción del 03 de agosto de 2004.

Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/12/22). Laudo Arbitral del 03 de abril de 2015.

Waghih Elie George Siag y Clorinda Vecchi contra La República Árabe de Egipto, (Caso CIADI Caso No. ARB/05/15). Decisión sobre jurisdicción del 11 de Abril de 2007, Voto parcialmente disidente de Francisco Orrego Vicuña.

f. Otros documentos

Agencia Venezolana de Noticias: "Another ICSID win for Venezuela", 18 de junio de 2015. Consultado el 13 de septiembre de 2015 en: <http://www.avn.info.ve/contenido/another-icsid-win-venezuela>

Asamblea Nacional: Acuerdo sobre la Campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra petróleos de Venezuela, S.A. de fecha 12 de febrero de 2008,

publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.869 de fecha 13 de febrero de 2008.

Decisión N° 220 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, de fecha 11 de mayo de 1987 dictada en Lima, Perú.

Declaración V Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA – TCP, de fecha 16 y 17 de abril de 2009.

Declaración VI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA – TCP, de fecha 24 de junio de 2009.

Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores: Comunicado Gobierno Bolivariano denuncia Convenio con CIADI. Consultado en fecha 20 de agosto de 2015 en: http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108

Tribunal Supremo de Justicia: *Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros*. Nota de prensa del 15 de junio de 2009. Consultado en fecha 04 de mayo de 2015 en: <http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941>.

ANEXO A

Listado de casos pendientes en contra de la República Bolivariana de Venezuela³⁰⁹

	Número	Fecha	Demandante	País de origen	Sector económico	Instrumentos invocados	Estatus del caso
1	ARB/14/10	19 de mayo de 2014	Highbury International AVV, Compañía Minera del Bajo Caroní AVV, y Ramstein Trading Inc.	Países Bajos	Minería	TBI Países Bajos – Venezuela y Ley de Inversión venezolana	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. La recusación por parte de los demandantes del árbitro Brigitte Stern fue rechazada. Finalmente, el tribunal tuvo su primera sesión el 09 de julio de 2015.
2	ARB(AF)/14/1	10 de abril de 2014	Anglo American PLC	Reino Unido	Minería	TBI Reino Unido - Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. El Estado solicitó al Tribunal resolver las objeciones a la jurisdicción preliminarmente. El Tribunal resolvió en fecha 19 de junio de 2015 decidir las objeciones a la jurisdicción junto al fondo del asunto.
3	ARB/13/11	06 de junio de 2013	Consorcio Andino S.L. y Valores	España	Industria alimenticia	TBI España - Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. Ambas partes han

³⁰⁹ La información de los casos de este listado fue consultada en fecha 13 de septiembre de 2015 en la página web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?gE=s&rspndnt=Bolivarian%20Republic%20of%20Venezuela>

			Mundiales, S.L.				presentado sus memoriales sobre jurisdicción y el fondo del caso.
4	ARB/12/24	27 de Agosto de 2012	Transban Investments Corp.	Barbados	Transporte/vehículos	TBI Barbados - Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. Ambas partes han presentado sus memoriales sobre jurisdicción y el fondo del caso. La última actuación corresponde al memorial presentado por el demandado sobre la jurisdicción y el fondo del asunto.
5	ARB/12/23	21 de Agosto de 2012	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.	Portugal y Luxemburgo	Producción de hierro y acero	TBI Unión Belgo-Luxemburguesa - Venezuela y el TBI Portugal - Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. Ambas partes presentaron sus memoriales. Luego del intercambio de memoriales el tribunal aceptó nueva evidencia y tuvo audiencia sobre la jurisdicción y el fondo del asunto del 15 al 22 de junio de 2015, luego de lo cual emitió una resolución procesal.
6	ARB/12/22	15 de Agosto de 2012	Venoklim Holding B.V.	Países Bajos	Producción de lubricantes	Ley de Promoción y Protección de	Laudo bajo anulación: El tribunal emitió una decisión en fecha 03 de abril de

						Inversiones	2015, donde sólo aceptó las objeciones jurisdiccionales basadas en la nacionalidad del demandante. El demandante presentó un recurso de nulidad contra el laudo en fecha 06 de agosto de 2015. Actualmente, el Comité ad hoc está pendiente de constitución.
7	ARB/12/21	10 de Agosto de 2012	Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owen-Illinois de Venezuela, C.A.	Países Bajos	Producción de vidrio	TBI Países Bajos-Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. Ambas partes presentaron sus memoriales. Posteriormente, la demandada solicitó la recusación de dos árbitros, uno de los cuales renunció (Alexis Mourre). En fecha 05 de Agosto de 2015 el tribunal se reconstituyó nuevamente con los árbitros: Hi-Taek Shin (Coreano), Yves Fortier (Canadiense) y Zachary Douglas (Australiano), y se reanudó el procedimiento.
8	ARB/12/20	07 de Agosto	Blue Bank International &	Barbados	Turismo	TBI Barbados – Venezuela	Pendiente: El tribunal se reconstituyó luego de que

		de 2012	Trust (Barbados) Ltd.				fueran recusados árbitros. Por solicitud del demandado el tribunal decidió revisar objeciones a la jurisdicción por separado. Ambas partes presentaron sus memoriales sobre jurisdicción. Cada una de las partes solicitó al Tribunal se pronuncie sobre la promoción de pruebas documentales.
9	ARB(AF)/1 2/5	01 de Agosto de 2012	Rusoro Mining Ltd.	Canadá	Minería: operaciones de exploración y explotación de oro	TBI Canadá - Venezuela	Pendiente: Este caso está siendo conducido bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Ambas partes han presentado memoriales, réplica y contrarréplica. Se han desarrollado audiencias sobre jurisdicción y cuestiones de fondo del caso. Actualmente, el tribunal está admitiendo pruebas promovidas por las partes.
10	ARB/12/18	25 de Julio de 2012	Valle Verde Sociedad Financiera S.L.	España		TBI España - Venezuela	Pendiente: El tribunal se constituyó exitosamente. Ambas partes sometieron

							sus memoriales sobre el fondo del asunto. Por solicitud del demandado el tribunal decidió revisar por separado las objeciones a la jurisdicción. El proceso se reanudó luego de estar suspendido por varios meses por falta de pago de los anticipos requeridos, según el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. La última actuación corresponde a una resolución procesal del tribunal de fecha 11 de junio de 2015.
11	ARB/12/13	05 de Junio de 2012	Saint-Gobain Performance Plastics Europe.	Francia	Producción de proppant: agente de sostén o apuntalante, empleado en la fracturación hidráulica, para la extracción de gas y	TBI Francia - Venezuela	Pendiente: El tribunal fue constituido exitosamente. Ambas partes presentaron sus memoriales, sus réplicas y contrarréplicas. Durante el 02 y 03 de febrero de 2015 se desarrolló una audiencia sobre el fondo del asunto. Posteriormente, ambas partes presentaron sus respectivos escritos luego

					petróleo del subsuelo.		de la Audiencia. La última actuación corresponde a los escritos de ambas partes sobre las costas del procedimiento.
12	ARB/11/31	02 de Diciembre de 2011	Gambrinus, Corp.	Barbados	Industria de fertilizante	TBI Barbados - Venezuela	Caso finalizado: El tribunal emitió su decisión en fecha 15 de junio de 2015. Si bien la decisión no es pública, a través de medios de comunicación se conoció que el tribunal aceptó las objeciones jurisdiccionales basadas en la nacionalidad del inversor. ³¹⁰
13	ARB/11/30	21 de Noviembre de 2011	Hortensia Margarita Shortt	Reino Unido	Servicio de transporte marítimo	TBI Reino Unido – Venezuela	Caso cerrado por orden del Secretario General de conformidad con lo establecido en la Regla 45 de las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.
14	ARB/11/26	30 de septiembre de 2011	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade	Portugal y Luxemburgo	Producción de hierro	TBI Portugal – Venezuela y Unión Belga/Luxemburguesa -	Pendiente: El tribunal fue constituido exitosamente. Ambas partes presentaron sus memoriales, réplicas y contrarréplicas. Se

³¹⁰ Información consultada de la página web de la AGENCIA VENEZOLANA DE NOTICIAS: “Another ICSID win for Venezuela”, 18 de junio de 2015. Consultado el 13 de septiembre de 2015 en: <http://www.avn.info.ve/contenido/another-icsid-win-venezuela>

			Unipessoal Lda.			Venezuela	desarrolló la audiencia sobre jurisdicción, méritos y la cuantía. Posteriormente, ambas partes presentaron sus respectivos escritos. La última actuación corresponde a los escritos de ambas partes sobre las costas del procedimiento, presentados el 12 de diciembre de 2014.
15	ARB/11/25	26 de septiembre de 2011	Ol European Group B.V.	Países Bajos	Producción de vidrio	TBI Países Bajos - Venezuela	Laudo bajo anulación: El tribunal emitió su laudo recientemente en fecha 10 de marzo de 2015. El demandado solicitó la nulidad del Laudo en fecha 17 de julio de 2015.
16	ARB/11/19	19 de julio de 2011	Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl	Luxemburgo	Construcción y operación de una planta de fertilizante	TBI Suiza - Venezuela	Pendiente: El tribunal fue constituido exitosamente. Ambas partes presentaron sus memoriales y sus réplicas y contrarréplicas. Se desarrolló la audiencia sobre jurisdicción, méritos y la cuantía. Posteriormente, ambas partes presentaron sus respectivos escritos. La última actuación

							corresponde a los escritos de ambas partes sobre las costas del procedimiento, del 13 de febrero de 2015.
17	ARB/11/10	20 de abril de 2011	The Williams Companies, International Holdings B.V., WilPro Energy Services	Países Bajos	Empresa de inyección y compresión de gas	TBI Países Bajos-Venezuela	Caso cerrado: El procedimiento se suspendió en fecha 22 de marzo de 2012 en aplicación de acuerdo entre las partes.
18	ARB(AF)/11/2	09 de Marzo de 2011	Crystallex International Corporation	Canadá	Minería	TBI Canadá - Venezuela	Pendiente: Este caso está siendo sometido al Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Ambas partes han presentado memoriales, réplica y contrarréplica. Se han desarrollado audiencias sobre jurisdicción y cuestiones de fondo del caso. Posteriormente, ambas partes presentaron sus respectivos escritos luego de la Audiencia. Se efectuó una audiencia sobre la cuantía, posterior a la

							cual de ambas partes presentaron escritos sobre las costas del procedimiento, en fecha 23 de enero de 2015.
19	ARB/11/5	23 de Febrero de 2011	Longreef Investments A.V.V.	Países Bajos	Producción y comercialización de café tostado	TBI Países Bajos-Venezuela	Pendiente: En este caso ya existe una decisión sobre jurisdicción. Las partes han presentado sus memoriales sobre el fondo del asunto. El Tribunal se reconstituyó luego de la renuncia de un árbitro (Alexis Mourre). La última actuación corresponde a una resolución del tribunal de fecha 31 de julio de 2015 sobre la promoción de pruebas documentales.
20	ARB/11/1	05 de Enero de 2011	Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc.	Países Bajos	Minería	TBI Países Bajos – Venezuela y la Ley de Promoción y Protección de Inversiones	Laudo bajo anulación: El tribunal emitió una decisión en fecha 26 de septiembre de 2013. El demandante presentó un recurso de nulidad contra el laudo. En dicho proceso de nulidad, el Comité ad hoc fue constituido y las partes han presentado sus memoriales

							y respectivas réplicas. El proceso se detuvo desde el 06 de abril de 2015 por falta de pago de los gastos de proceso requerido según el Reglamento Administrativo y Financiero.
21	ARB/10/19	09 de Agosto de 2010	Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC, S.A.	Suiza	Desarrollo, operación y mantenimiento de un aeropuerto	TBI Suiza-Venezuela y TBI Chile-Venezuela	Laudo bajo anulación: El tribunal emitió una decisión en fecha 18 de noviembre de 2014. La demandada presentó un recurso de nulidad contra el laudo en fecha 27 de marzo de 2015. El Comité ad hoc se constituyó exitosamente. La última actuación de fecha 31 de agosto 2015, corresponde a una solicitud del demandante para poner fin a la suspensión de la ejecución del laudo.
22	ARB/10/9	12 de Abril de 2010	Universal Compression International Holdings, S.L.U	España	Empresa de gas petróleo	TBI España-Venezuela	En este caso el Tribunal se constituyó, las partes presentaron sus memoriales y hubo una audiencia sobre el fondo del asunto. Sin embargo, en fecha 16 de septiembre de 2013 se

							suspendió el procedimiento por acuerdo entre las partes
23	ARB/10/5	05 de Marzo de 2010	Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. Jackson Marine, LLC, Point Marine, LLC, Tidewater Inc., Twenty Grand Marine Service, LLC, Twenty Grand Offshore, LLC, Zapata Gulf Marine Operations, LLC.	Barbados	Servicios de apoyo marítimo	TBI Países Bajos – Venezuela y la Ley de Promoción y Protección de Inversiones	Laudo bajo revisión: El tribunal emitió una decisión en fecha 13 de marzo de 2015. La demandada presentó una solicitud de revisión contra el laudo en fecha 24 de marzo de 2015, cuya decisión fue emitida en fecha 07 de julio de 2015, luego de que ambas partes presentaran sus respectivas alegaciones. Posteriormente, el demandado presentó el 16 de julio de 2015 una solicitud de anulación en contra del laudo.