

¿La solicitud de arbitraje en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante los tribunales estatales?

Reflexiones sobre el arbitraje internacional en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI, el TBI Canadá-Venezuela y su articulación con el derecho positivo venezolano.

ALFREDO DE JESÚS O.*

1. El desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina sobre el derecho de los arbitrajes relativos a inversiones es definitivamente apasionante, tanto por las discusiones jurídicas que generan y las novedades que suponen, como por la imprevisibilidad de muchas de las soluciones que aporta la práctica.

2. La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Minera Las Cristinas, C.A. c/ Corporación Venezolana de Guayana*¹ se ubica, sin duda alguna, en el grupo de situaciones poco previsible. Ante el recurso de revisión constitucional interpuesto por una compañía venezolana (Minera Las Cristinas, C.A., en lo sucesivo «MINCA») controlada por un inversionista extranjero (Vannessa Ventures, Ltd.), en contra de una sentencia

* Abogado cum laude, *Universidad Católica Andrés Bello*. Master (DEA) de Derecho Privado General de la *Universidad Panthéon Assas - Paris II*. Master (DEA) de Derecho Comercial y Económico *Universidad Panthéon Sorbonne - Paris I*. Investigador Asociado del *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello*. Secretario General Adjunto del *Comité Venezolano de Arbitraje*. Socio del Escritorio Jurídico Hinestrosa, De Jesús, De Jesús & Sánchez. adejesuso@cvarbitraje.com

¹ Sentencia N° 3.229 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 28 de octubre de 2005, en el juicio de *Minera Las Cristinas, C.A. c/ Corporación Venezolana de Guayana*. Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero.

anterior del Tribunal Supremo de Justicia², la Sala Constitucional se declaró «impedida» de analizar el fondo del asunto porque el inversionista había renunciado «de manera indubitable» a iniciar o continuar recursos ante los tribunales venezolanos. Lo curioso del caso es que para llegar a esta conclusión la referida Sala, invocando el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones³ (en lo sucesivo, «TBI Canadá-Venezuela» o simplemente «TBI»), concluyó que la solicitud de arbitraje «formulada por la casa matriz de Minera Las Cristinas, C.A., denominada Vanessa Ventures, Ltd., ante el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones», implicaba la renuncia de MINCA al referido recurso de revisión constitucional. En fin, por ese motivo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de declararse competente para conocer el recurso, simplemente decidió no decidir.

La cuestión invita a la reflexión y a concentrar nuestra atención en los argumentos de la sentencia relativos a la renuncia del inversionista a iniciar o continuar los procedimientos ante los tribunales venezolanos y las supuestas implicaciones de la solicitud de arbitraje internacional con fundamento en el TBI Canadá-Venezuela.

3. La posición de la Sala Constitucional nos lleva igualmente a plantearnos el espinoso tema de los procedimientos paralelos en materia de arbitrajes relativos a inversiones y su articulación con los tribunales estatales. En el caso concreto, la aparente duplicidad se presenta entre un arbitraje internacional administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)⁴ de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo

² Sentencia N° 832 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2004, en el juicio de *Minera Las Cristinas, C.A. c/ Corporación Venezolana de Guayana*. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

³ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y la Protección de Inversiones del 1 de julio de 1996. Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y la Protección de Inversiones. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.207 del 20 de enero de 1998.

⁴ Ratificado por la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Gaceta Oficial N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

Complementario⁵ (Mecanismo Complementario) y el arbitraje internacional contemplado en la cláusula compromisoria incluida en el contrato de concesión para la exploración, desarrollo y explotación de una mina de oro que vinculaba a MINCA y a la Corporación Venezolana de Guayana (un instituto autónomo del Estado venezolano).

Al principio del párrafo anterior hicimos alusión a procedimientos paralelos refiriéndonos al arbitraje internacional y a los tribunales estatales. Luego dijimos que la aparente duplicidad de procedimientos se presentaba entre un arbitraje internacional bajo el Mecanismo Complementario del CIADI (una de las opciones ofrecidas al inversionista en el TBI Canadá-Venezuela) y un arbitraje internacional con fundamento en el contrato de concesión entre el inversionista y el órgano del Estado venezolano. Pero no se trata de un error. El problema es que la cláusula compromisoria incluida en el contrato de concesión, ligeramente patológica, hacía referencia a un arbitraje «de conformidad con el Código de Procedimiento Civil Venezolano, conducido de acuerdo con las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París». Una vez surgida la controversia, el inversionista, en lugar de introducir su demanda de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, decidió solicitar la formalización del arbitraje ante los tribunales venezolanos de conformidad con el Código de Procedimiento Civil venezolano⁶. En todo caso, las dificultades no surgen de la

⁵ Adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI y que autoriza al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). El Reglamento del Mecanismo Complementario fue objeto de algunas enmiendas que fueron aprobadas el 29 de septiembre de 2002 por el Consejo Administrativo y entraron en vigor el 1 de enero de 2003.

⁶ Es preciso señalar que el procedimiento de *arbitramiento* previsto en el Código de Procedimiento Civil, derogado totalmente por la Ley de Arbitraje Comercial, al igual que muchos Códigos de Procedimiento Civil latinoamericanos, requería la formalización de las cláusulas compromisorias ante los tribunales estatales. Sobre la formalización de la cláusula compromisoria bajo el Código de Procedimiento Civil, Ver. HUNG VAILLANT, Francisco. Reflexio-

patología de la cláusula compromisoria sino de la fuerte intervención de los tribunales estatales en el antiguo procedimiento de arbitramento regulado en el referido código de procedimiento.

El tribunal estatal (Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia) se declaró competente para conocer la solicitud de formalización de arbitraje, la declaró inadmisibile y condenó en costas a MINCA. Luego y por razones que no interesa analizar en este momento, MINCA intentó un recurso de revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia contra la sentencia de la Sala Político Administrativa, por el tema de la condenatoria en costas. Ya conocemos el resultado de ese recurso de revisión constitucional.

4. Por las características del caso planteado y por ser el tema de la renuncia del inversionista el elemento clave empleado en la motivación de la decisión de la Sala Constitucional, haremos nuestros comentarios en torno a la renuncia como mecanismo para evitar la duplicidad de procedimientos en materia de arbitrajes relativos a inversiones (I) y como requisito de acceso a este tipo de mecanismo alternativo de resolución de conflictos (II), lo que nos conducirá al estudio sucesivo del fundamento y la oportunidad de la decisión y su relación con los principios fundamentales del arbitraje transnacional unilateral⁷, el Mecanismo Complementario del CIADI, el TBI Canadá-Venezuela y las disposiciones pertinentes del derecho positivo venezolano.

nes sobre el arbitraje en el derecho venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001. p. 72 y siguientes. Sobre la derogatoria total del procedimiento de arbitramento previsto en el Código de Procedimiento Civil venezolano por la Ley de Arbitraje Comercial, Ver. DE MAEKELT, Tatiana y MADRID, Claudia. «Al rescate del arbitraje en Venezuela». En *El derecho privado y procesal en Venezuela*. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003. p. 727 – DE JESÚS O., Alfredo. «Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano». En *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Coord. Irene de Valera). Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18. Caracas, 2005. p. 60. n° 4.

⁷ La expresión de arbitraje transnacional unilateral la tomamos de la tesis del profesor Walid Ben Hamida (*L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*), defendida el 24 de junio de 2003 en la Universidad Panthéon Assas (Paris II), y en la que retiene esa calificación para este tipo de arbitrajes con fundamento en leyes nacionales o tratados internacionales por la disociación de los consentimientos de las partes públicas y las partes privadas. Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Université Panthéon Assas (Paris II). Dactyl. p. 18- 21. n° 37-44n.

I. La renuncia como mecanismo para evitar la duplicidad de procedimientos en materia de arbitraje transnacional unilateral

5. La multiplicidad de jurisdicciones potencialmente competentes para conocer controversias relativas a inversiones ha ocasionado un importante desorden en el contencioso transnacional⁸. A los fines de solucionar y evitar los posibles conflictos de jurisdicciones y la eventual multiplicidad de decisiones, los propios instrumentos del arbitraje transnacional han creado mecanismos para anticipar estas complicaciones⁹. Uno de estos mecanismos es el de la renuncia que se encuentra estipulada en el Capítulo de Inversiones (Capítulo XI) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en otros instrumentos que lo han utilizado como modelo, entre ellos, el TBI Canadá-Venezuela.

6. La renuncia prevista en el TBI Canadá-Venezuela (Artículo XII.3.b) interpretado y aplicado por la Sala Constitucional señala que el inversionista puede someter una controversia (Inversionista-Estado) al arbitraje internacional previsto en el mismo, si ha consentido a ello por escrito y si «ha renunciado a su derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento en relación con la medida que se 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». Para ser más explícito sobre esta exigencia, el TBI indica que el inversionista podrá recurrir al arbitraje «solo sí» se verifica la aludida renuncia.

7. La estipulación de esta cláusula de renuncia lo que busca es coordinar los eventuales litigios que puedan resultar en relación con alguna medida que se considere que puede constituir un incumplimiento del TBI. En este sentido, cualquier pronunciamiento en el que deba analizarse si el inversionista efectivamente renunció en los términos requeridos por el TBI, debe necesariamente

⁸ Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions*. Transnational Dispute Management (Editor Thomas Wälde). March, 2006.

⁹ CREMADES, Bernardo and CAIRNS, David. «Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment arbitration». In *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* (Edited Bernardo Cremades and Julian Lew) Dossiers ICC Institute of World Business Law. Paris, 2005. p. 19. – BAPTISTA, Luiz Olavo. «Parallel arbitrations – Waivers and estoppel». In *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration...* p. 133.

te pasar por un examen minucioso de la naturaleza de la disputa y la aludida medida. Resulta sorprendente que estas consideraciones hayan pasado desapercibidas ante la Sala Constitucional. En este sentido, en ningún párrafo de la breve página y media de la motivación de la sentencia se hace referencia ni a la naturaleza de la reclamación de MINCA ni a la supuesta medida controvertida.

8. Lo anterior nos lleva inexorablemente a plantear el tema del alcance de la renuncia prevista en el TBI Canadá-Venezuela y lo que debe entenderse por «medida que pretende que constituye incumplimiento de este Acuerdo». A estos efectos, resulta interesante traer a colación los argumentos expuestos en el laudo del caso *Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos* (en lo sucesivo, «*Waste Management*»), de fecha 2 de junio de 2000¹⁰, un arbitraje administrado por el CIADI a través del Mecanismo Complementario con fundamento en el TLCAN, cuya cláusula de renuncia prevista en su Artículo 1121, es sustancialmente idéntica a la contenida en el Artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela.

9. En el caso *Waste Management*, el tema de la renuncia se presentó porque el inversionista al solicitar el arbitraje ante el Secretario General del CIADI renunció a iniciar o continuar procedimientos ante los tribunales mexicanos fundamentados en violaciones al TLCAN o al derecho internacional en general, reservándose de esta forma el derecho de iniciar o continuar procedimientos con fundamento en otras fuentes de derecho, dentro de ellas, el derecho mexicano¹¹, sin importar que se tratara de las mismas medidas. Es decir, de acuerdo con el inversionista, la renuncia prevista en el TLCAN sólo se refería

¹⁰ Caso ARB(AF)/98/2. Bernardo Cremades, presidente; Keith Highet (Opinión disidente) y Eduardo Siqueiros, coárbitros.

¹¹ La renuncia de *Waste Management* fue presentada en los siguientes términos : «Asimismo, los Demandantes renuncian su [sic] derecho de iniciar o continuar ante un tribunal administrativo o una corte gobernado [sic], o en otro procedimiento de resolución de disputas, cualquier procedimiento con respecto a las medidas tomadas por el Demandado que se aleguen ser una violación del Capítulo 11 de Nafta [sic] o las normas aplicables del derecho internacional, salvo los procedimientos de recursos equitativos como un mandamiento judicial, una sentencia declaratoria u otro recurso extraordinario que no involucren el pago de daños. Sin embargo, esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las [sic] leyes de México». (énfasis propio)». Ver Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 4, n° 4.

a iniciar o continuar procedimientos antes los tribunales mexicanos en los que se alegaran violaciones al TLCAN. En el fondo, el argumento permitiría al inversionista recurrir al arbitraje internacional para alegar las violaciones al TLCAN y acudir a los tribunales mexicanos alegando violaciones al derecho mexicano. Este argumento fue rechazado por la mayoría sentenciadora porque lo que pretende evitar la renuncia prevista en el TLCAN es la duplicidad de procedimientos en relación con la misma medida, impidiendo al inversionista la eventual obtención de un doble beneficio en la reparación de los daños¹².

10. Este laudo es muy interesante porque retiene la noción de «medida litigiosa»¹³ como criterio para establecer el alcance de la renuncia en los términos del artículo 1121 del TLCAN, sin tomar en consideración la fuente de la reclamación. Esta afirmación es de especial importancia para el derecho del contencioso transnacional porque defiende la validez y la eficacia de las cláusulas de renuncia como mecanismos de coordinación de los litigios con la finalidad de evitar la duplicidad de procedimientos, coordinación que al parecer también se buscaba con las llamadas cláusulas de bifurcación de caminos¹⁴ (*fork in the*

¹² «En efecto, es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN». Ver Laudo, p. 20, n° 27. Para un comentario sobre el caso, Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Université Panthéon Assas (Paris II). Dactyl. p. 380- 383. n° 630-635.

¹³ BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions*. Transnational Dispute Management (Ed. Thomas Wälde). March, 2006. n° 114.

¹⁴ Sobre este tipo de cláusulas Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...* p. 374-378, n° 618-626. - BLACKABY, Nigel. «Chapter Fourteen: Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America». In *International Arbitration in Latin America*. Edited by Nigel Blackaby, David Lindsey and Alessandro Spinillo. Kluwer Law International. p. 403-404. - CREMADES, Bernardo and CAIRNS, David. «Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment arbitration»... p. 19. - «SCHREUER, Christoph. «Travelling the BIT Route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road». In *The Journal of World Investment & Trade*. 2004. p.239-249. En español, ver CREMADES, Bernardo and CAIRNS, David. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En *Revista Internacional de Arbitraje* (Dir. Eduardo Zuleta). N°1. Legis. Bogotá, 2004. p 76 y siguientes. - DE MAEKELT, Tatiana. «Tratados bilaterales de

road provisions) en las que el problema de diferenciación de la fuente de las reclamaciones presenta interesantes discusiones.

La mención de las cláusulas de bifurcación de caminos parece pertinente porque los argumentos expuestos por el inversionista (en el caso *Waste Management c/ Mexico*) parecían encaminados a lograr que el tribunal arbitral, siguiendo la «jurisprudencia»¹⁵ arbitral en materia de cláusulas de bifurcación de caminos admitiera la diferenciación entre las reclamaciones fundadas en el derecho internacional de las reclamaciones fundadas en el derecho interno, que ha servido de base para distinguir entre las reclamaciones derivadas del tratado (*treaty claims*) y las reclamaciones derivadas del contrato (*contract claims*) a los efectos de determinar el alcance de estas cláusulas de coordinación.

11. Las cláusulas de bifurcación de caminos o de «elección de vías» son estipulaciones previstas en algunos instrumentos internacionales que otorgan al inversionista el derecho de escoger alguno de los medios de resolución de controversias ofrecidos en ellos. La escogencia, una vez hecha, se hace definitiva, por lo cual suele identificarse con el aforismo latino *una via electa non datur recursus ad alteram* (una vez que se escoge una vía, no hay recurso a la otra). Al respecto, el profesor Ben Hamida señala que, a primera vista, estas cláusulas hacen del recurso a las jurisdicciones estatales y del recurso al arbitraje internacional dos procedimientos exclusivos, por lo que la puesta en marcha de uno, impide el recurso al otro¹⁶. Sin embargo, llama la atención sobre dos problemas que inciden en la aparentemente armoniosa regla de la exclusividad del remedio, por un lado, el problema de la determinación de los litigios previstos en la oferta de arbitraje, y por el otro, la determinación del concepto de

protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación». En *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Coord. Irene de Valera). Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18. Caracas, 2005. p. 340.

¹⁵ El profesor Eduardo Silva Romero, invocando la Decisión sobre competencia en el caso CIADI *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ Filipinas*, invita a referirnos a la «jurisprudencia» arbitral entre comillas. En esa decisión, el tribunal arbitral señala que «no hay una doctrina del precedente en derecho internacional, si por precedente se hace alusión a la regla del efecto vinculante de una decisión. No existe una jerarquía entre tribunales arbitrales, y si existiera, no hay ninguna buena razón para permitir que el primer tribunal resuelva cuestiones para todos los tribunales ulteriores». Ver, SILVA-ROMERO, Eduardo. «Arbitrage institutionnel et investissements internationaux». In *Revista de Arbitragem e Mediação* (Dir. Arnaldo Wald). Ano 2, Nº 4. São Paulo, 2005. p. 120, nº 2.

¹⁶ BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...* p. 374, nº 618.

litigio y muy especialmente la cuestión de la identidad del litigio¹⁷. Una de las numerosas dificultades que se presentan es precisamente la cuestión de determinar si existe una identidad de litigios a los efectos del funcionamiento de las cláusulas de bifurcación de caminos cuando se plantea una disputa entre las mismas partes, por los mismos hechos pero fundamentadas en distintas fuentes de derecho. La doctrina parece ser unánime al reconocer que la «jurisprudencia» arbitral ha aceptado en términos restrictivos la noción de identidad de litigios¹⁸ estableciendo que para que se verifique esa identidad, la controversia también debe tener el mismo fundamento legal¹⁹. En este orden de ideas y en consideración de la redacción de muchas de estas cláusulas de bifurcación de caminos, es muy probable que se admitan dos procedimientos simultáneos sobre la misma «medida litigiosa», uno ante los tribunales estatales (o ante el órgano que designe el mecanismo contractual de solución de controversias) en los que se invoquen reclamaciones derivadas de violaciones al contrato y otro, ante el tribunal arbitral previsto en el tratado en el que se ventilen las reclamaciones por violaciones al tratado.

No en vano señala el profesor Gaillard que estas cláusulas tienen por objeto de hacer irrevocable la elección del inversionista de someter la diferencia relativa a la *responsabilidad internacional* del Estado receptor ante una u otra de las jurisdicciones susceptibles de ser intentadas a esos efectos²⁰. En

¹⁷ BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...* p. 375, n° 621.

¹⁸ Al respecto, Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...* p. 376, n° 623.

¹⁹ En este sentido, Nigel Blackaby al referirse a las cláusulas de bifurcación de caminos señala que «este tipo de provisiones suelen generar gran ansiedad en los inversionistas quienes, preocupados por la posibilidad de perder su derecho de recurrir al arbitraje, prefieren abstenerse de acudir a los tribunales estatales por algún motivo vinculado con su inversión. La jurisprudencia reciente puede tranquilizarlos en gran medida. En un caso iniciado en base al TBI Estados Unidos-Argentina, el tribunal rechazó que haya precluido la posibilidad de recurrir al arbitraje previsto en el TBI por la sumisión a los tribunales estatales de acciones, interpretadas como incumplimientos de un contrato de concesión, que surgían de los mismos actos del Estado receptor. Esto sugiere que para que se verifique una elección en los términos de las cláusulas de bifurcación de caminos, la acción ante los tribunales estatales tiene que fundamentarse en la mismo reclamo de protección de inversiones previsto en el TBI». (Traducción Libre) BLACKABY, Nigel. «Chapter Fourteen: Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America... p. 404. Ver a título de ejemplo, el Laudo del Caso CIADI *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ Argentina* (Caso No ARB/97/3) en el que se trata esta cuestión interpretando el TBI Argentina-Francia y la Decisión sobre competencia en el Caso CIADI *Azurix Corp c/ Argentina* (Caso N° ARB/01/12) con fundamento en el TBI Argentina-Estados Unidos de América.

²⁰ En efecto, también señala que «la lógica que consiste en distinguir muy claramente las normas sancionadas, por un lado el contrato y por el otro el tratado, para concebir la articulación de los

todo caso, esta posición de la doctrina y de la «jurisprudencia» arbitral no deja de crear discusiones²¹.

12. Esta discusión sobre la diferenciación entre reclamaciones derivadas del contrato y reclamaciones derivadas del tratado a los efectos de determinar la elección definitiva del inversionista en los términos de una cláusula de bifurcación de caminos, pareciera —en los términos del laudo *Waste Management*— irrelevante a los efectos de la cláusula de renuncia prevista en el artículo 1121 del TLCAN y, por analogía, a la cláusula contenida en el artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela²².

13. Es incomprensible que la Sala Constitucional no se haya ni siquiera preocupado en plantearse algunas de estas cuestiones esenciales al aplicar el artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela. De hecho, la Sala intenta argumentar que el recurso de revisión solicitado se hace «en torno a la misma disputa» pero no específica a que otra disputa se refiere, si a la formalización del arbitraje intentado por MINCA ante la Sala Político Administrativa o al arbitraje iniciado por Vannessa Ventures de acuerdo al Mecanismo Complementario del CIADI y al TBI Canadá-Venezuela. La sentencia no es sólo deficiente en cuanto al fondo, también es angustiosa en cuanto a la forma. En este sentido, no es sólo que sea difícil explicarse la solución expresada en la misma, es imposible determinar cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que se presentaron en el caso. Esta situación resulta preocupante especialmente por tratarse de una sentencia del tribunal estatal de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial venezolano.

dos tipos de contenciosos susceptibles de desarrollarse en relación a una misma inversión igualmente tiene incidencia sobre las condiciones en las cuales se ejercen las cláusulas de bifurcación de caminos encontradas en algunos tratados de protección de inversiones» (Traducción Libre). GAILLARD, Emmanuel. *La jurisprudence du CIRDI*. Editions Pedone. Paris, 2004. p. 860

²¹ Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions...* n° 20 – 22.

²² Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que un sector de la doctrina ha advertido que el argumento de fundamentarse en la «medida litigiosa» como criterio para determinar el alcance de la renuncia prevista en el TLCAN sin tomar en consideración la fuente de la reclamación pareciera haber sido abandonada indirectamente en el laudo arbitral del caso *Marvin Roy Feldman Karpa c/ Estados Unidos Mexicanos*. Ver, BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...* p. 383, n° 635.

14. Pero la renuncia no es sólo un mecanismo de coordinación de litigios, también debe analizarse como un requisito de la aceptación a la oferta de arbitraje contenida en el TBI Canadá-Venezuela.

II. La renuncia como requisito de la aceptación al arbitraje transnacional unilateral

15. El artículo XII.3 del TBI Canadá-Venezuela establece que el inversionista podrá recurrir al arbitraje internacional para ventilar cualquier controversia que se relacione con alguna medida que en su criterio constituya un incumplimiento del TBI, «solo sí: a) el inversor ha consentido por escrito en ello; 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...» (destacado nuestro).

Una de las características de los arbitrajes con fundamento en tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones es que estos instrumentos presentan una oferta abierta de arbitraje a los inversionistas²³. De ahí, que se hable de «arbitraje sin relación jurídica directa»²⁴, de «arbitraje automático»²⁵ o más recientemente de «arbitraje transnacional unilateral»²⁶. Ante esta oferta abierta de arbitraje, los inversionistas que deseen aceptarla deben cumplir con los requisitos establecidos en los respectivos instrumentos para que el arbitraje pueda llevarse a cabo. En el TBI Canadá-Venezuela, la renuncia en los términos del Artículo XII.3.b²⁷, es uno de esos requisitos.

²³ GAILLARD, Emmanuel. «L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements». In *Revue de l'arbitrage*. Litec. Paris, 2003. p. 853

²⁴ PAULSON, Jan. «Arbitration without privity». In *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 10. 1995. p. 232.

²⁵ DERAINS, Yves. «L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage». In *Cahiers de l'arbitrage* (Dir. Alexis Mourre). Gazette du Palais. Edition Juillet 2002. Paris, 2002. p. 52.

²⁶ BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilatéral...*

²⁷ Y en los términos del Artículo XII.12.a.ii que establece que «cuando un inversor someta una reclamación conforme a este Artículo en relación con el daño o la pérdida sufridos por una empresa de su propiedad o que controle directa o indirectamente, se aplicarán las siguientes disposiciones: ... tanto el inversor como la empresa deben formular la renuncia a que se refiere el subpárrafo 3.b».

16. Por otro lado, debe tomarse en cuenta que la apreciación del cumplimiento de la renuncia incide en el consentimiento al arbitraje y consecuentemente en la competencia del tribunal arbitral. Dicho esto y tomando en consideración que corresponde a los árbitros el pronunciamiento sobre su propia competencia, el pronunciamiento sobre la renuncia corresponde al tribunal arbitral y no a los tribunales venezolanos, lo que nos lleva a criticar no solo el fundamento de la decisión sino también su oportunidad. La Sala Constitucional no tenía motivo para pronunciarse sobre la renuncia a la que hace alusión el Artículo XII.3.b. Ese es un dispositivo que debe ser examinado por los árbitros para determinar si son o no competentes para conocer el caso y en ningún caso influye en la jurisdicción de los tribunales estatales. En este tipo de arbitrajes no se aplican las reglas derivadas del principio de la competencia-competencia (con sus efectos positivos y negativos) del mismo modo en que se aplican a los arbitrajes comerciales tradicionales.

17. En su sentencia, la Sala Constitucional, después de invocar el Artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela, concluye que el inversionista «al haber instado al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones para la resolución del conflicto suscitado, renunció de manera indubitable a iniciar o continuar cualquier proceso vinculado —mediata o inmediatamente— a la tantas veces referida controversia». Este razonamiento de la Sala se produce después de señalar que se pronunciaría «acerca de las consecuencias de la solicitud de arbitraje formulada por la casa matriz de Minera Las Cristinas, C.A., denominada Vannessa Ventures, Ltd., ante el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones». Ante esta argumentación de la Sala Constitucional cabe preguntarse lo siguiente: ¿Cómo concluyó que el inversionista «renunció de manera indubitable» a los procedimientos ante los tribunales venezolanos?

Dos argumentos esgrimidos por las partes parecen aportar algunas luces sobre el origen de las conclusiones de la Sala Constitucional. Según se desprende de la sentencia, MINCA alegó que este procedimiento versa sobre «una materia ajena» a la disputa ventilada en el arbitraje internacional. Por su parte, la Procuraduría General de la República y la Corporación Venezolana de Guayana, alegaron que «la instauración del referido mecanismo arbitral implica la renuncia de Minera Las Cristinas, C.A., incluso a la presente revisión, pues ella guarda relación con el punto nodal de la controversia en cuestión». De lo anterior, el único hecho cierto y verdaderamente relevante que puede verificarse es la intención de MINCA de continuar el procedimiento

iniciado ante la Sala Constitucional, a pesar de la demanda arbitral presentada por Vanessa Ventures. Ante esto, una nueva interrogante: ¿Cuál es el fundamento de la Sala Constitucional para decir que MINCA, había renunciado a continuar el referido recurso de revisión constitucional, a pesar de la clara intención de ésta última en continuar con el procedimiento?.

18. El argumento de la Procuraduría General de la República y de la Corporación Venezolana de Guayana, según el cual, la solicitud de arbitraje ante el CIADI implica la renuncia al recurso en curso ante los tribunales venezolanos es manifiestamente erróneo en estas circunstancias. Sin embargo, esta es la tesis que adopta la Sala Constitucional al pronunciarse «acerca de las consecuencias de la solicitud de arbitraje». Ciertamente el artículo 26 del Convenio CIADI establece que «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», lo que quiere decir que «una vez verificado el consentimiento al arbitraje CIADI, las partes pierden su derecho de buscar remedios en otros foros, nacionales o internacionales y se restringen a seguir su reclamación a través del CIADI»²⁸. Es posible que el error en el que incurren los representantes de la República y la Sala Constitucional derive de la regla que contiene este artículo 26 del Convenio CIADI.

Al respecto, es necesario recordar que el arbitraje entre Vanessa Ventures y Venezuela no es un arbitraje CIADI propiamente dicho. En este sentido, como Canadá no forma parte del sistema CIADI a diferencia de Venezuela, el arbitraje internacional se rige por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI en concordancia con la oferta de arbitraje contenida en el Artículo XII.4.b del TBI Canadá-Venezuela²⁹. Lo anterior es para señalar que el referi-

²⁸ SCHREUER, Christoph. «Commentary on the ICSID Convention. Article 26». In *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*. Vol. 12, N° 1, Spring 1997. p. 154, n° 2.

²⁹ El Artículo XII.4. del TBI Canadá-Venezuela establece que «La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante: ... (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...».

Para comprobar que en efecto la oferta de arbitraje aceptada por el inversionista es la relativa al Mecanismo Complementario del CIADI puede observarse la información del caso en la página de internet del CIADI en www.worldbank.org/icsid. En la misma puede verificarse que el número asignado al caso es Case No ARB(AF)/04/6. Dentro de la nomenclatura interna de los casos administrados por el CIADI la inclusión del «(AF)» indica que se trata de un caso que se rige por el Mecanismo Complementario, «Additional Facility» en inglés.

do artículo 26 del Convenio CIADI no tiene aplicación en este caso por la disposición del Artículo 3 del Mecanismo Complementario, según el cual «...ninguna de las disposiciones del Convenio [CIADI] será aplicable a dichos procedimientos [Procedimientos en el marco del Mecanismo Complementario] ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos». En virtud de lo anterior, debe descartarse que el argumento de los representantes de Venezuela, aceptado por la Sala Constitucional, según el cual, la solicitud de arbitraje implica la renuncia al recurso de revisión constitucional pueda tener como fundamento el mencionado Artículo 26 del Convenio CIADI. Dicho esto, es preciso decir que la solicitud de arbitraje en el Marco del Mecanismo Complementario del CIADI, no implica de por sí ninguna renuncia.

Como comenta el profesor Schreuer, es precisamente en los casos en los que no aplica el Convenio CIADI en los que el mecanismo de la renuncia a los que se refiere el artículo 1121 del TLCAN juega un papel primordial³⁰. Recordemos que el mecanismo de renuncia previsto en el referido artículo del TLCAN es sustancialmente idéntico al previsto en el Artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela.

19. De acuerdo con el laudo del caso *Waste Management*, «el acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad»³¹ y que «la exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho»³². Es por ello que «cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante»³³. Esto implica «un acto formal y material por parte del que la presenta»³⁴, es decir, por un lado, el acto debe cumplir con los requisitos de forma que establezca el instrumento contentivo de la oferta de arbitraje para la manifestación de voluntad en renunciar a los procedimientos paralelos y por el otro, que esa manifestación de voluntad se encuentre acompañada de «un determinado comportamiento con-

³⁰ SCHREUER, Christoph. «Commentary on the ICSID Convention. Article 26... p. 176 n° 52.

³¹ Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 13, n° 18.

³² Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 13 – 14, n° 18.

³³ Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 14, n° 18.

³⁴ Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 15, n° 20.

secuente con la manifestación emitida»³⁵, lo que podría exteriorizarse, por ejemplo, a través del desistimiento de las acciones iniciadas. Así pues, «para que dicha voluntad alcance significado jurídico no basta con que exista interiormente sino que ha de ser exteriorizada o manifestada, en este caso, a través de un escrito y a través de un determinado comportamiento del renunciante acorde con la declaración efectuada»³⁶.

20. La renuncia como requisito de aceptación al arbitraje es un requerimiento sumamente serio. Su adecuación a las exigencias del instrumento contentivo de la oferta de arbitraje será uno de los elementos esenciales para que el tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre su propia competencia. En el caso *Waste Management*, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer las reclamaciones porque la renuncia expresada por el inversionista no cumplía con las exigencias del artículo 1121 del TLCAN.

21. Ante la importancia de un acto tan serio como éste resulta preocupante la poca ponderación con la que la Sala Constitucional examinó la cuestión, entre otras cosas, porque en la motivación de su sentencia no indica en qué argumento o norma jurídica se fundamentó para afirmar que MINCA había renunciado «de manera indubitable» a iniciar o continuar los procedimientos. Especialmente cuando MINCA insistió en continuar con el procedimiento.

En los arbitrajes comerciales la actitud de MINCA podía interpretarse como una renuncia al procedimiento arbitral, pero en estos tipos de arbitrajes las circunstancias son completamente distintas.

22. En todo caso, si la actitud de MINCA pudiera interpretarse como una falta a la renuncia exigida por el artículo XII.3.b. del TBI Canadá-Venezuela, el problema se presentará o debería presentarse ante el tribunal arbitral y no ante los tribunales venezolanos. Una de las posibles consecuencias es que el tribunal arbitral se declare incompetente como sucedió en el caso *Waste Management*. Ni la Sala Constitucional ni ningún otro tribunal venezolano tenían motivo para pronunciarse sobre la renuncia prevista en el artículo XII.3.b del TBI Canadá-Venezuela. En todo caso, si se considerase que sí lo tenía entonces creemos que, por las razones expuestas, hay un claro error de juzga-

³⁵ Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 16, n° 24.

³⁶ Laudo *Waste Management* del 2 de junio de 2002, p. 16-17, n° 24.

miento. En nuestro criterio, no existía ningún motivo para que la Sala Constitucional se viera «impedida de realizar un examen de fondo» en torno a la revisión constitucional demandada por MINCA, «prescindiendo evaluar la justeza de la condena dineraria» operada en su contra.

23. Como hemos visto, la sentencia de la Sala Constitucional genera serias críticas en lo que concierne a la oportunidad de la decisión y a su fundamento. En lo relativo a la oportunidad, porque la Sala Constitucional no tenía por qué pronunciarse sobre la renuncia y en lo referente a su fundamento, porque al pronunciarse sobre el tema, aplicó erróneamente las disposiciones del TBI Canadá-Venezuela.

En todo caso, el hecho de que el tema de la renuncia contenida en el TBI Canadá-Venezuela haya sido planteada por un tribunal estatal no deja de constituir una situación curiosa, no sólo por su rareza sino también por la imprevisibilidad de la solución adoptada.