

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El 12 de junio de 2008, los abogados **HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, ÁLVARO SILVA CALDERÓN, BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, ÁLVARO LEDO NASS, MARIEL PÉREZ, MOREELIEC PEÑA, ARMANDO GIRAUD, GUSTAVO ÁLVAREZ ARIAS, ZULIA COROMOTO MALDONADO y DIXIES JOSEFINA VELÁZQUEZ**, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 1.927, 2.162, 31.948, 101.795, 117.434, 89.528, 34.706, 34.235, 57.051 y 98.950, respectivamente, interpusieron actuando en su carácter de representantes de la **REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**, conforme a los poderes otorgados por la ciudadana **PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, según consta en los instrumentos poder del 12 de junio de 2008, marcados como anexos A, B y C al escrito contentivo del recurso de interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a que “(...) *La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)*”.

El 17 de junio de 2008, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 18 de julio de 2008, la Sala mediante sentencia N° 1.186 se declaró competente y admitió el recurso de interpretación interpuesto.

El 29 de julio de 2008, se libró el cartel de emplazamiento a los interesados, el cual fue retirado, publicado y consignado por los recurrentes, en el lapso legal correspondiente.

El 16 de septiembre de 2008, los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Tomás Castagnino, titulares de las cédulas de identidad Nros. 2.941.451, 11.312.501 y 82.225.556 e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 8.939, 71.763 y 127.822, respectivamente, consignaron escrito a los fines de *“(...) coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)”*.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I

DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

Los recurrentes expusieron en su escrito, lo siguiente:

Que el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *“(...) señala como uno de los objetivos legales, la promoción de varias formas de solución alternativa de conflictos entre ellos el arbitraje (...). Asimismo (...), el arbitraje internacional está contemplado en forma expresa en nuestro sistema jurídico en la (...) Ley de Promoción y Protección de Inversiones (...), ya que establece en su artículo 22 correspondiente a la resolución de controversias lo siguiente: ‘Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado, o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI–MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso,*

cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente' (...)".

Que el arbitraje regulado en las normas antes mencionadas "(...) se basa esencialmente en el consentimiento de las partes y este consentimiento debe ser de forma explícita, escrita e incontrovertible, sin prestarse a interpretaciones que planteen dudas o suposiciones sobre si tal manifestación de voluntad ha sido acordada o no. Esta situación del artículo 22 (...), podría ser objeto de interpretaciones reñidas con nuestro sistema constitucional y, en consecuencia, fuente de controversias arbitrales, cuando ante la ausencia de consentimiento expreso, escrito e inequívoco por Venezuela, pretenda suplirse dicha falta, con la atribución a dicho texto de un sentido y un alcance inconstitucional (...)".

Que existe una situación jurídica concreta y específica en los actuales momentos respecto "(...) a [que] la República ha sido el epicentro de un interés legítimo y actual en ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual es un hecho notorio comunicacional (...) por cuanto el llamamiento de Venezuela a órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por medidas nacionalistas que han sido dictadas por el Gobierno, tales como: las relativas a la afirmación de la plena soberanía petrolera, mediante la eliminación de los Convenios de Asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco y su conversión en empresas mixtas en la forma prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (...)".

Que una característica esencial del arbitraje, es la de constituir un medio para resolver conflictos, donde la voluntad, el consentimiento, el acuerdo entre las partes es el elemento fundamental, por lo que afirman que sin consentimiento no hay arbitraje, siendo que la autonomía de la voluntad está limitada por la materia en discusión y el interés público.

Que "(...) en virtud del carácter esencialísimo que tiene en el arbitraje la voluntad de las partes, la ley establece las modalidades específicas para que

tal manifestación se revele (...). Los tribunales arbitrales no son tribunales plenos, ya que carecen de poderes de ejecución, porque les está negado el uso de la fuerza y su labor cognoscitiva y decisoria está limitada por razón de la materia y del interés público (...). Otra de las fuertes limitaciones (...), es la de que no pueden tomar el lugar de tribunales supra constitucionales, lo cual se deriva (...) de los condicionamientos que la soberanía de las naciones impone (...).”

Que “(...) la voluntad, elemento que se ha señalado es esencial al arbitraje, puede expresarse tanto para un caso concreto de un conflicto presente (...), como para conflictos eventuales (...) y en ambos casos se exige en forma específica que la voluntad sea clara y limpiamente manifestada. No puede haber voluntad tácita, ni presunta ni deducida. Es por lo anterior que la ley no admite en el arbitraje que la manifestación de voluntad, sea en forma oral, sino que ésta debe ser escrita y generalmente auténtica (...)”, conforme al artículo 608 del Código de Procedimiento Civil.

Que el arbitraje sólo asume “(...) la fase cognoscitiva y declarativa del proceso y por el contrario, la fase ejecutiva está reservada al Estado y es indelegable, porque tiene que ver con el monopolio del uso de la fuerza para hacer cumplir las sentencias. Igualmente, deberían estar negadas las cautelares destinadas a operar contra un Estado soberano, ya que su objetivo es garantizar la ejecución forzosa de los laudos, pudiendo implicar el uso de la fuerza, como es el caso de la desposesión de los bienes por embargo o secuestro o la congelación o prohibición de enajenar bienes (...). Por eso también deben ser negados a los árbitros, los procesos de inyunción cuando se ejercen contra los Estados soberanos, ya que con los mismos, no se persigue un pronunciamiento de cognición o declaración, sino una actuación ejecutiva o mandataria inmediata, que es la competencia exclusiva del Estado (...)”.

Asimismo, aducen que “(...) el hecho que en arbitraje la voluntad debe ser manifestada por escrito y en forma expresa, implica que no se puede forzar a una parte o a ambas a ir a un arbitraje por presunción o deducción de su voluntad y mucho menos cuando se trata de un estado soberano (...)”.

Alegaron que “(...) es evidente que no contribuyen a propiciar el arbitraje previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quienes pretenden obtener la voluntad arbitral de deducción, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por lo tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades (...)”.

Afirmaron que el contenido del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, “(...) no conforma una manifestación de voluntad de consentimiento del Estado para someter a arbitraje todas sus controversias con inversionistas extranjeros (...). La inflexión verbal imperativa ‘serán’, empleada en el artículo antes transcrito, no puede ser tomada en su sentido gramatical estricto. Si así se interpretara no quedaría ningún conflicto entre inversionistas extranjeros y el estado, que no debiera ir al arbitraje, negándose cualquier otra vía de solución, como la negociación, conciliación (...)”, y las vías contenciosas contempladas en la legislación de Venezuela tal como señala a texto expreso el mencionado artículo, aunado a que la propia norma establece que el arbitraje procede de existir un tratado que lo establezca y se otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

Que “(...) de no existir un tratado internacional no habrá arbitraje, y que de haberlo, si éste no establece el arbitraje, tampoco lo habrá y si estuviere establecido, no podrá sin embargo prescindirse del consentimiento expreso e inequívoco de las partes (...)”.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas plantearon la necesidad de establecer con claridad: “(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de

ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognositiva y decisoria está sometida a limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en forma escrita, clara, expresa, indubitable, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...).”

II

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la interpretación solicitada, a cuyo efecto observa:

Como punto previo esta Sala advierte que el 16 de septiembre de 2008, los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Tomás Castagnino, ya identificados, consignaron escrito a los fines de “(...) *coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)*”. A tales efectos, justificaron su legitimación para intervenir en la presente causa respecto de los ciudadanos Francisco Castillo García y José Gregorio Torrealba en que la misma “(...) *emana de su condición de abogados de la República Bolivariana de Venezuela, interesados en la correcta interpretación de las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico y como miembros del Sistema de Justicia según lo dispone el artículo 253 de la Constitución (...)* y en cumplimiento del deber establecido en el artículo 15 de la Ley de Abogados (...)” y, en relación con el ciudadano Diego Tomás Castagnino en

su “(...) nacionalidad brasilera, y que Venezuela ha ratificado un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Federativa de Brasil, que contiene una oferta de arbitraje en su artículo 8, cualquier interpretación que niegue la naturaleza de consentimiento expreso emanado del Estado Venezolano en los Tratados Bilaterales de Inversión, tal como el señalado acuerdo con Brasil, podría afectar directamente la posibilidad del ciudadano Castagnino de acudir al arbitraje internacional, en los términos del referido tratado (...)”.

En cuanto al procedimiento a seguir para sustanciar el recurso de interpretación de la Constitución, desde su primera sentencia al respecto (Nº 1077/2000), la Sala dejó abierta la posibilidad de que si lo creyere necesario, luego de la decisión positiva de admisibilidad, en aras a la participación de la sociedad, pudiere emplazar por edicto a cualquier interesado que quisiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalará un lapso de preclusión para que los interesados concurren y expongan por escrito, lo que creyeren conveniente.

En efecto, si bien es cierto que es una solicitud -interpretación- que requiere un interés legítimo, personal y directo para su interposición, sus efectos son generales y afectan de una manera indeterminada a todo un cúmulo de ciudadanos, razón por la cual, resulta admisible la posible intervención de terceros, por razones de economía, concentración y celeridad procesal, siempre y cuando la misma proceda conforme a los requisitos de admisibilidad establecidos al efecto para la parte recurrente -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 1443/08-.

En tal sentido, la Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar la acción de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -Vid. Sentencias Nros. 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000 y 1.415/2000-.

Así, en cuanto a la legitimación requerida para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

“(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el ‘recurso’ de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)”.

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por los terceros, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3.125/2003, cuando señaló que *“(...) en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)”.*

Así, la sola condición de abogados o ciudadano extranjero de los solicitantes, no legitima a dichos ciudadanos para la intervención en condición de terceros en el presente proceso -que como se advirtió anteriormente no es una acción popular-, más aun cuando pretende se le tutele en los criterios que a su juicio deben fundamentar el alcance y contenido de la presente decisión o en la simple condición de ciudadano extranjero sin que exista prueba alguna en el expediente que constituya al mencionado ciudadano con un interés actual

que lo vincule al menos de forma indirecta pero cierta como **inversor**, con los supuestos de aplicación del referido “(...) *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Federativa de Brasil* (...)”.

De ello resulta pues, que sea necesario reiterar que la legitimación para interponer la acción de interpretación constitucional, viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional da lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.077/2000-. Así, resulta claro que al no verificarse ninguna condición que los vincule con el presente caso en los términos expuestos; esta Sala estima que los solicitantes no poseen el interés jurídico actual necesario para ejercer el presente recurso de interpretación, lo cual, a tenor del criterio asentado por esta Sala en la sentencia N° 1443/08, hace forzosamente inadmisibles su intervención en el presente recurso y, así se declara.

Respecto del fondo del asunto planteado se reitera que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se verifiquen las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicen de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u

oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1.347/2000, (caso: “*Ricardo Combellas*”).

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

1) Imprecisión en cuanto al motivo de la solicitud. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del Texto Constitucional o cuando no se alegue una afectación actual o futura a la esfera jurídica del solicitante. Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: “*Gisela Peña Troconis y otros*”) y sentencia N° 278/2002, (caso: “*Beatriz Contaste*”).

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: “*Homologación de Pensiones y Jubilaciones*”); sentencia N° 346/2001, (caso: “*Consejo Nacional Electoral*”); sentencia N° 1857/2001, (caso: “*Ángel Alberto Vellorín*”) y sentencia N° 2728/2001, (caso: “*Néstor Luis Oquendo*”).

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atentar contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: “*Hermann Escarrá*”); sentencia N° 1316/2001, (caso: “*Defensoría del Pueblo*”) y sentencia N° 1912/2001, (caso: “*Enrique Ochoa Antich y otros*”).

Ahora bien, luego de un atento examen del presente expediente, la Sala estima que el alcance del único aparte del artículo 258 constitucional, relativo a que la legislación deberá promover el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, condiciona no sólo el contenido de la labor legislativa sobre la materia, sino que plantea al incluirlo dentro del sistema de justicia, un parámetro interpretativo del resto del ordenamiento jurídico vinculado al sometimiento de controversias a arbitraje y directamente relacionado con los principios de soberanía (administración de justicia), en aquellos casos en los cuales surge una controversia entre inversionistas internacionales y la República Bolivariana de Venezuela; de allí que esta Sala procede a su análisis en los siguientes términos:

En el caso de autos, la parte accionante solicita la interpretación en cuanto al alcance y contenido del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que “(...) es evidente que no contribuyen a propiciar el arbitraje previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quienes pretenden obtener la voluntad arbitral de deducción, presunciones o interpretaciones forzadas, cuando la mejor doctrina y las leyes, exigen que dicha voluntad sea expresada en forma escrita y por lo tanto, expresa, sin dudas, ni ambigüedades (...)”, por lo que el contenido del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, “(...) no conforma una manifestación de voluntad de consentimiento del Estado para someter a arbitraje todas sus controversias con inversionistas extranjeros (...). La inflexión verbal imperativa ‘serán’, empleada en el artículo antes transcrito, no puede ser

tomada en su sentido gramatical estricto. Si así se interpretara no quedaría ningún conflicto entre inversionistas extranjeros y el estado, que no debiera ir al arbitraje, negándose cualquier otra vía de solución, como la negociación, conciliación (...)”, y las propias vías contenciosas contempladas en la legislación de Venezuela tal como dispone a texto expreso el mencionado artículo, aunado a que la propia norma señala que el arbitraje procede de existir un tratado que lo establezca y se otorgue expresa e inequívocamente el consentimiento del Estado.

La presente interrogante surgió en virtud de que en los actuales momentos *“(...) la República ha sido el epicentro de un interés legítimo y actual en ejercicio de varias solicitudes vinculadas con arbitrajes internacionales, lo cual es un hecho notorio comunicacional (...) por cuanto el llamamiento de Venezuela a órganos arbitrales internacionales está presente como reacción de algunas empresas que se han sentido afectadas por medidas nacionalistas que han sido dictadas por el Gobierno, tales como: las relativas a la afirmación de la plena soberanía petrolera, mediante la eliminación de los Convenios de Asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco y su conversión en empresas mixtas en la forma prevista en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (...)*”.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas planteó la necesidad de establecer con claridad *“(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognositiva y decisoria está sometida a limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en forma escrita, clara, expresa, indubitable, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las*

condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...).”

Esta Sala a los fines de resolver el recurso interpuesto, pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

1.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

“(...) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

(...)

Artículo 258. (...)

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)” (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que “(...) *la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-.

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, “(...) *pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.139/00-.

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos.

A esa óptica de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse una precisión hermenéutica vinculante por parte de esta Sala, según la cual si bien doctrinalmente los mencionados medios alternativos son usualmente divididos en aquellos de naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje o las cortes o comités internacionales con competencia en determinadas materias -vgr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- y de las de naturaleza no jurisdiccional o diplomática como la negociación, mediación o conciliación, en las cuales las partes retienen el control de la controversia, pudiendo en todo caso aceptar o negar las proposiciones de acuerdo de las partes o de un tercero -Vid. MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 3° Ed., 1998-, desde el enfoque de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es posible jerarquizar un medio de resolución de conflictos sobre otro, siendo ellos en su totalidad manifestación del sistema de justicia.

Por ello, cuando la Sala afirmó que “(...) *los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)*” y que “(...) *el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental*

al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, no puede interpretarse como una jerarquización por vía jurisprudencial a favor del arbitraje y en detrimento de los otros medios alternos de resolución de conflictos, sino que en el caso de proceder el arbitraje u otro medio, debe favorecerse la implementación del mismo para la resolución del conflicto.

Ahora bien, dado que el arbitraje es el fundamento para la procedencia del presente recurso de interpretación, esta Sala hará referencia a este medio alternativo de resolución de conflictos, que por lo demás es en la práctica nacional e internacional de particular importancia y utilidad como se señalará *infra*.

Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución), tales como el Código de Procedimiento Civil (1986) que prevé tanto la conciliación como el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo (1990), que regula el arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos colectivos; la Ley Sobre el Derecho de Autor (1993), se refiere al arbitraje institucional ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1994), que prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre particulares y empresas de seguros; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), que establecía el arbitraje como mecanismo voluntario para la resolución de controversias que se susciten entre consumidores, usuarios y proveedores de servicios y la Ley de Arbitraje Comercial (1998), que inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), traspuso en nuestro foro, los principios universales que apuntalan la operatividad del arbitraje en el ámbito comercial.

También bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del *desideratum* constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

En tal sentido, se pueden mencionar a manera de ejemplo los artículos 312 al 326 del Código Orgánico Tributario (G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), los cuales desarrollan el arbitraje en el contencioso tributario; los artículos 138 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (G.O. N° 37.504 del 13 de agosto de 2002), que regulan el arbitraje en materia laboral e incluyen una etapa obligatoria de conciliación en los procesos laborales; los artículos 164 y 206 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G.O. N° 5.771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005), que prevén una Audiencia oral conciliatoria en el contencioso administrativo agrario y en materia de conflictos entre particulares, lo cual viabiliza la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias de arbitraje en aquellos aspectos disponibles por las partes; el artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (G.O. N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), que estableció expresamente que *“En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes: (...) b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”*; asimismo, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (G.O. N° 36.793 del 23 de septiembre de 1999), al establecer una norma similar en su artículo 24, numeral 6, literal b), el cual fue desarrollado en el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos

(G.O. N° 5.471 Extraordinario del 5 de junio de 2000), el cual en su artículo 19 expresamente se refiere al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos y; en similar sentido se pueden mencionar -aunque algunas son preconstitucionales- el artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999); los artículos 63 y siguientes de la Ley de Asociaciones Cooperativas (G.O. N° 37.285 del 18 de septiembre de 2001); los artículos 256 y 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (G.O. N° 5.561 Extraordinario del 28 de noviembre de 2001), y el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (G.O. N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999), que aun y cuando no alude expresamente a los medios alternativos, sí los admite desde el mismo momento en que ha establecido la resolución *jurisdiccional* y no administrativa de todos los conflictos en la materia arrendaticia.

En el contexto internacional, la República Bolivariana de Venezuela es parte de un número de acuerdos internacionales que promueven la resolución alternativa de controversias mediante el arbitraje. En este sentido, la República suscribió, aprobó y ratificó diversos Tratados, que la ubican entre los países promotores y afines con el arbitraje, convirtiéndola en lo que comúnmente se denomina “*foro amigable*”, dentro de los cuales cabe destacar: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) - G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de CIADI) -G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994-; también forma parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá) -G.O. N° 33.170 del 22 de febrero de 1985-; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo) -G.O. N° 33.144 del 15 de enero de 1985- y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones -G.O. N° 4.634 Extraordinario, del 22 de septiembre de 1993-.

Igualmente, la República ha suscrito una importante cantidad de Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones, los cuales contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado (huésped o receptor) y un nacional de otro Estado, dentro de los cuales se deben mencionar:

| PAÍS. | SUSCRIPCIÓN. | G.O. N°/FECHA. | VIGENCIA. |
|----------------------------------|--------------------------|-----------------------|------------|
| Alemania | 14/05/1996 | 36.383/28-01-1998 | 16/10/1998 |
| Argentina | 16/11/1993 | 4.801 Ext./01-11-1994 | 01/07/1993 |
| Barbados | 15/07/1994 | 4.853 Ext./08-02-1995 | 31/10/1995 |
| Bélgica y Luxemburgo | 17/03/1998 | | |
| Brasil * | 04/07/1995 | 36.268/13-08-1997 | |
| Canadá | 01/07/1996 | 5.207 Ext./20-01-1998 | 28/01/1998 |
| Costa Rica * | 17/03/1997 | 36.383/28-01-1998 | 02/05/2001 |
| Chile | 02/04/1993 | 4.830 Ext./29-12-1994 | 25/05/1995 |
| Cuba | 11/12/1996 | 37.913/5-04-2004 | |
| Dinamarca | 28/11/1994 | 5.080 Ext./23-07-1996 | 19/09/1996 |
| Ecuador | 18/11/1993 | 4.802 Ext./02-11-1994 | 01/02/1995 |
| España | 02/11/1995 | 36.281/01-09-1997 | 10/09/1997 |
| Francia | 02/07/2001 | 37.896/11-03-2004 | 15/04/2004 |
| Irán | 02/03/2006 | 38.389/02-03-2006 | |
| Italia | 05/06/1990 14/02/2001 | | |
| Gran Bretaña e Irlanda del Norte | 15/03/1995 | 36.010/30-07-1996 | 01/05/1996 |
| Lituania | 24/04/1995 | 5.080 Ext./23-07-1996 | 01/05/1996 |
| Países Bajos | 22/10/1991 | 35.269/06-08-1993 | 01/11/1993 |
| Perú | 12/01/1996 | 36.266/11-08-1997 | |
| Portugal | 17/06/1994 | 4.846 Ext./26-01-1995 | 11/05/1995 |
| Paraguay | 05/09/1996 | 36.301/29-09-1997 | 14/12/1997 |
| República Checa | 27/04/1995 | 36.002/17-07-1996 | 23/07/1996 |
| Suecia | 25/11/1996 | 5.192 Ext./18-12-1997 | 05/01/1998 |
| Suiza | 18/11/1993 | 4.801 Ext./01-11-1994 | 30/11/1994 |
| Uruguay * | 20/05/1997 | 36.519/18-08-1998 | 18/01/2002 |

(* En espera de notificación por los gobiernos de dichos países, conforme a los datos contenidos en las páginas web, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST153>, www.mre.gob.ve/public/Tratados%20-%20Francia.pdf y, <http://www.mpd.gob.ve/venezuela-nva/quinta-parte.htm>, consultadas el 15 de julio de 2008).

A la par del desarrollo y promoción legislativa patria, también esta Sala Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro con los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar los asertos y tópicos tratados en las siguientes decisiones, según las cuales:

Los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -vgr. Laudo arbitral- y, por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.

También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que *“(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)”* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en

el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Además, la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros -Vid. Sentencia N° 572/05-.

Igualmente, se ha reconocido la posibilidad que el Estado u otra entidad pública estatal de derecho público o privado, pueda someterse a un procedimiento arbitral nacional o internacional -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, lo que implica (como será desarrollado *infra*), una manifestación indudable de un ejercicio de soberanía.

Incluso, se ha reconocido la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -Vid.

Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (ex artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.

Conjuntamente con las decisiones antes reseñadas, el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la importancia y necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional. En ese sentido, recientemente los Presidentes y Representantes de los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela -así como Panamá en su condición de invitado-, reunidos en la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), conscientes de la importancia que reviste la integración y cooperación en la labor jurisdiccional de impartir justicia en nuestra región, manifestaron en el documento final de la Cumbre -Declaración de Nueva Esparta-, su consenso en relación a los: “(...) *MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Reconocer la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países (...). PROPONEMOS a los Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, que se*

considere en el temario de sus reuniones: (...). b) la creación de un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que contribuya a la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión a las relaciones de los Estados miembros; y éstos y sus respectivos nacionales y los nacionales de otros países (...)”.

De ello resulta pues, que no sólo desde el punto de vista jurídico formal el ordenamiento jurídico venezolano consagra, promueve y tutela al arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, sino que el Estado se ha insertado activamente en los procesos internacionales que han consentido la materialización de un sistema de justicia arbitral efectivo para resolver los conflictos que le son planteados y, precisamente, a tal proceso, no ha escapado el Poder Judicial venezolano y, más específicamente, esta Sala Constitucional.

2.- EL ALCANCE Y LÍMITES DEL SISTEMA DE JUSTICIA ARBITRAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

A los fines de abordar la institución del arbitraje en el ordenamiento jurídico vigente, se debe tener presente que el contenido de los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la alusión de la jurisprudencia de esta Sala al arbitraje como derecho que debe concatenarse con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, no son necesariamente el resultado de los planteamientos relativos a la inoperancia y arbitrariedad de la justicia del *ancienne regime*, los cuales dieron lugar a diversas previsiones Constitucionales vigentes a fines del siglo XVIII y principios del XIX en Europa, como fue el caso del artículo 280 de la Constitución Española (1812), la cual declaró que *"(...) no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes (...)"* o del artículo 5 de la Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791), al declarar en similar sentido que *"(...) el derecho de los ciudadanos a terminar definitivamente sus conflictos por medio del arbitraje, no puede recibir ningún ataque por los actos del poder legislativo (...)"* -Vid. CREMADES, J.A. *Cuatro*

Lustros de la Ley Francesa de Arbitraje Comercial Internacional, en Anuario. Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, 1 de 2001-.

Tampoco es preciso asumir el enfoque que en el área iberoamericana, otros textos constitucionales le han otorgado al arbitraje como una institución que aborda o comprende asuntos meramente comerciales o de restricto interés particular como son los casos de Costa Rica, en la Constitución de 1949 (reformada), cuyo artículo 43 establecía que "*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente*"; Honduras, con la consagración del artículo 110 de la Constitución de 1982 (reformada), cuyo contenido rezaba que "*Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento*"; El Salvador, con la Constitución de 1983 (reformada), la cual en su artículo 23, asentó que "*Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles*"; Colombia, en el artículo 116 de la Constitución de 1991, que consagró que "*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*"; o la norma contenida en el artículo 202 de la Constitución de Panamá del 15 de noviembre de 2004, la cual dispone de forma similar a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la "*(...) administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales decidirán por sí mismos acerca de su propia competencia*" (Cfr. FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Compilación de las Constituciones Políticas*. FUNEDA, Caracas, 1999).

En ese mismo orden, parecen insuficientes a los fines de esclarecer el ámbito del sistema de justicia arbitral, los antecedentes constitucionales que consagraron el derecho al arbitraje. Así, el artículo 190 de la Constitución del

24 de septiembre de 1830, establecía que *"(...) Los venezolanos tienen plena libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos (...), con tal que observen las formalidades legales (...)"*; con posterioridad, las Constituciones del 18 de abril de 1857 (artículo 100) y del 31 de diciembre de 1858 (artículo 150), reproducen una norma similar, las cuales desaparecen a partir de la Constitución del 18 de abril de 1864, quedando sin consagración expresa desde el punto de vista constitucional, el derecho al arbitraje como medio de solución de pleitos entre particulares.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se señaló que *"(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)"*.

A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.

Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser

objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente.

Así, el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en “(...) *la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se verifica en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

Ahora bien, para discernir el alcance y contenido del arbitraje es necesario acudir al texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual directamente impone limitaciones conceptuales al arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos que forma parte del sistema de justicia consagrado en el artículo 253 *eiusdem*.

Así, al disociar los elementos irreductibles que delimitan el significado y alcance del arbitraje como una “(...) *institución por la cual un tercero resuelve una controversia o diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos (...)*” -Vid. JARROSSON, CHARLES. *La Notion d'Arbitrage*, Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale, Paris, 1987, p.372-, se desprende que el arbitraje responde en primer lugar al principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, que permite el ejercicio por parte de un tercero de funciones de

orden jurisdiccional y comporta que una vez instaurado el correspondiente proceso arbitral, el mismo debe responder a las garantías y límites que establece el ordenamiento jurídico aplicable.

A igual conclusión debe arribarse, del contenido del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual señala que “(...) *El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (...)*”, lo cual evidencia que tanto a nivel legal como doctrinario, se reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje.

Respecto del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-.

Al respecto, la Sala ha señalado categóricamente que “(...) *el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-.

El principio de voluntariedad o autonomía de la voluntad, además de envolver elementos relativos a la formación y vicios del consentimiento, comporta igualmente un análisis en relación a las materias que pueden por voluntad de las partes ser objeto de un proceso de arbitraje, vale decir, que controversias pueden ser válidamente resueltas mediante un laudo arbitral sea éste nacional o internacional (Arbitrabilidad).

El criterio para determinar cuando una disputa es arbitrable depende del ordenamiento jurídico que se trate, siendo que bajo algunas legislaciones sólo es posible someter una disputa a arbitraje cualquier ámbito jurídico en el cual las partes son libres de disponer de los derechos que serán objeto de la eventual demanda ante el tribunal arbitral, o bien se utiliza como criterio la capacidad de las partes de poder acordar someterse a la justicia arbitral más que el parámetro referido a la posibilidad de disponer libremente de los derechos en conflicto. Sin embargo, los medios para someter determinada controversia a arbitraje puede ser el resultado de los dos criterios antes mencionados, de disposiciones expresas que prohíban el sometimiento de particulares materias a la justicia arbitral o a otras formas o criterios -Vid. BERNARDINI, PIERO. *The Problem of Arbitrability in General*, en la obra editada por EMMANUEL GILLARD y DOMENICO DI PIETRO. *Enforcement of Arbitration Agreements and Internacional Arbitral Awards, The New Cork Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008, p. 517-522-.

Así, en el marco del derecho comparado, la legislación alemana y austríaca combinan los criterios relativos a la libre disposición de los derechos con los del carácter patrimonial de la disputa -Cfr. BERNARDINI, PIERO. Ob. Cit.-; por su parte, en Suiza se adoptó el contenido patrimonial de las controversias como criterio, así cualquier controversia que envuelva intereses económicos o pecuniarios para las partes puede ser objeto de arbitraje, lo cual comporta que aunque existan límites en la capacidad de disponer ciertos derechos, el conflicto es arbitrable si tales derechos sobre los cuales se basa la demanda, tienen un valor pecuniario -Vid. Decisión de la Corte Suprema Federal de Suiza (Schweizerischen Bundesgerichtes) del 23 de junio de 1992, caso: “*Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara S.p.A. vs. M. and Tribunal*

Arbitral y BARON, PATRICK. M. y LINIGER, STEFAN. *A Second Look at Arbitrability*, en la Revista *Arbitration International*, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Vol. 19, N° 1, Londres, 2003, p. 27-54- y; en Francia la jurisprudencia ha desarrollado una noción de autonomía de las cláusulas arbitrales -ya que se postula la validez de la cláusula arbitral independientemente de la validez del contrato que la contiene-, lo cual va más allá de la posición generalmente adoptada por el resto de los ordenamientos jurídicos nacionales, al considerar que las cláusulas de arbitraje al fundamentarse en la voluntad de las partes son autónomas respecto de cualquier legislación nacional, estando sujetas únicamente a las normas imperativas de la legislación francesa y al orden público internacional -Cfr. BERNARDINI, PIERO. Ob. Cit.-.

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "*sensibles*" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma

de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato-, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes.

De ello resulta pues, que las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a hacer cesar, iniciar o modificar una práctica o actividad del presunto infractor de la normativa especial y no orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control

constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga -en cada caso- de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por “remarcaje” de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva).

Así, visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional. Así se declara.

A.- DEL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL.

Desde una perspectiva constitucional, resulta paradigmático el contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala que en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Sobre el alcance del mencionado artículo respecto de la posibilidad de someter a arbitraje a los denominados contratos de interés público, esta Sala comparte el criterio que asentó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de agosto de 1999, en relación con el artículo 127 de la Constitución de 1961, conforme a la cual *“(…) resulta evidente (...), que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la constitución de 1947. Sistema que por lo demás impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno u otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate (...)*”.

Aunado a ello, la Sala advierte que la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones

generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.

No obstante, si bien es innegable que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales, plantea asumir el tema de la resolución de conflictos resultantes de esa vinculación, fundamentalmente en el ámbito económico y sobre todo en el área de los negocios internacionales; no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.

Por el contrario, es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines -vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo-; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos; que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la

necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.

De ello resulta pues, que la referencia constitucional en la expresión “(...) *si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos (...)*” (artículo 151), no debe entenderse como relativa a una distinción formal o doctrinaria entre contratos de derecho público o privado, sino se vincula a la posibilidad efectiva de desarrollar una determinada actividad económica o negocio, que versan o inciden en materias de interés público, entendido éste como “(...) *el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*” (Cfr. HÉCTOR J. ESCOLA, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250). Por lo cual, en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa -Vid. KAJ HOBÉR. *Arbitration Involving States*. En la obra de LAWRENCE W. NEWMAN y RICHARD D. HILL (Editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Second Edition, Juris Publishing, Inc., Suiza, 2004-.

Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la

respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.

Así, se deberá atender tanto a las disposiciones normativas -vgr. Convenios Internacionales, legislación interna, o cláusulas contractuales- en las cuales se fundamentaría el sometimiento de las controversias a un sistema de justicia como el arbitral, como en la actividad desarrollada por la correspondiente entidad, ya que si bien bajo el principio "*par im parem non habet imperium*", se ha afirmado que un Estado soberano no puede ser juzgado sin un consentimiento por escrito, así como la imposibilidad del Estado a someter a la jurisdicción de tribunales de otros Estados en materia relativas al ejercicio de la soberanía, podría presentarse circunstancias en las cuales el Estado directa o indirectamente -empresas estatales- actúe o desarrolle actividades de evidente carácter comercial que en forma alguna puedan subsumirse bajo la excepción de soberanía en los términos antes expuestos.

En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el **principio de soberanía**, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados 'negocios' a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.

De forma análoga a las consideraciones antes expuestas, en el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones comerciales internacionales las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si

puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional -Vid. Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: “*Tesoro Público francés v. Galakis*” del 2 de mayo de 1966 y FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l’Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, Paris, 1996.

En Estados Unidos en tres decisiones *-leading cases-* de la Corte Suprema, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo al carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil y se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales -Vid. Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en los casos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972; *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 1974, (*Securities Exchange Act*) y *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, 1985-.

Conforme a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el alcance del criterio establecido por esta Sala al señalar que “(...) *de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, en la medida que **la República en ejercicio de su soberanía puede determinar de forma particular los términos y condiciones con base a los cuales se someterán a la jurisdicción arbitral internacional, toda vez que bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* un Estado debe ser lo suficientemente soberano para honrar su promesa de someterse a arbitraje internacional** (Vid. DHISADEE CHAMLONGRASDR, *Foreign State Immunity and Arbitration*. Cameron May, Londres, 2007).

Finalmente, la Sala debe asentar expresamente que los anteriores asertos en forma alguna se constituyen en un cambio de criterio de esta jurisdicción constitucional en la materia, sino por el contrario ratifica y amplía las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1.942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual:

“(...) Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;

2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente. Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados.

Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...).

De ello resulta pues, que si bien es posible que el Estado se someta válidamente a la jurisdicción internacional en caso que la decisión del correspondiente órgano contraríe el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión.

Toda vez que de conformidad con la sentencia de esta Sala N° 1.309/01 “(...) *no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 eiusdem (...).*”

Con fundamento en tales consideraciones y en ejecución de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, se garantiza la supremacía constitucional, la soberanía, la autodeterminación nacional y la tradición de la cultura como fuente de interpretación “(...) y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la ‘interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista’ (...)” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.265/08-.

B.- DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN.

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

Mediante los denominados arbitrajes internacionales no solamente se resuelven por disputas originadas en operaciones internacionales como aquellas relacionadas con el comercio exterior, la compraventa internacional de mercaderías, o a cuestiones vinculadas con la obtención de licencias, transferencias de tecnología, construcción, seguros, franquicias, transportes, prestación de servicios, bancos, financiamientos; sino incluso a materias relacionadas con inversiones extranjeras.

No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo

relativo al -ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

La relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores se encuentra regulada fundamentalmente por un conjunto de tratados de inversión bilaterales o multilaterales, con arreglo a los cuales las entidades foráneas que realicen inversiones en el territorio de otro Estado se aseguran protección, especialmente en materias tales como el trato igual y no discriminatorio, aplicación material de las cláusulas de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, justa compensación en caso de expropiación, libre transferencia de rentas y la recurribilidad ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otras.

Los tratados firmados bilateralmente entre Estados, sobre la promoción y protección de las inversiones en uno y otro de los Estados firmantes, han sido denominados en múltiples formas pero comúnmente son conocidos por sus siglas en inglés como “*BITs o Bilateral Investment Treaties*” o en español “*APPRIs o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*”, o aquel Tratado Internacional entre dos Estados, por el cual cada uno de ellos se compromete a proteger y promover, en la misma forma en que se haga en el territorio del otro Estado contratante, si bien con sujeción a las disposiciones propias de derecho interno de cada una de ellas, las inversiones realizadas por particulares de cada uno de ellos.

Así, los acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones son tratados que bajo los principios de la protección diplomática, trasladan estos mismos a la posición de los inversores, otorgándoles el derecho de perseguir directamente a los Estados receptores de la inversión en los términos previstos en el propio acuerdo bilateral de protección y promoción recíproca de inversiones, creando derechos directos a favor de los inversores - Vid. SIQUEIROS, JOSÉ LUIS. *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment*. En: *California Western International Law Journal*, Vol. 24, 1994-; configurando lo que la doctrina ha denominado “Arbitraje sin

consentimiento contractual” -Vid. PAULSSON, JAN, “Arbitration Without Privity”, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, 232, 1995.

Los denominados acuerdos bilaterales de protección y promoción **recíproca** de inversiones extranjeras, se constituyen entonces en instrumentos jurídicos internacionales que no sólo facilitan las relaciones comerciales y de inversión entre los Estados y sus inversionistas, sino establecen mecanismos que les permiten a los inversores ante una violación de sus derechos, recurrir a un método de resolución de conflictos como el arbitraje internacional.

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

Los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones extranjeras, no solamente prevén normas relativas al compromiso asumido por los Estados respecto de las inversiones a realizar por sus particulares en el territorio del otro, cuya extensión puede incluir todas las materias que puedan llegar a decidir dichos Estados como sujetos de derecho internacional; sino que posibilitan que sea el propio particular y no su Estado de nacionalidad, quien tenga el derecho a solicitar ante particulares organismos y por determinados medios, la protección frente al incumplimiento de los compromisos asumidos en los mencionados acuerdos bilaterales por parte del Estado receptor de las inversiones.

Con relación a los tratados multilaterales de promoción y protección de inversiones, similares consideraciones deben plantearse, siendo perfectamente viable que en el contexto de los mismos puedan someterse las correspondientes controversias a tribunales arbitrales.

Así, en el ámbito internacional puede referirse el caso del Mercado Común del Sur o MERCOSUR y, en particular, el artículo 8 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyo contenido es el siguiente: “(...) *Artículo 8. Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo (...)*”.

También debe reseñarse, el caso de la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.), ya que en el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, se asignó a este órgano del sistema andino de integración nuevas competencias, entre las cuales se encuentra la función arbitral. Así, el artículo 38 del referido Protocolo establece que:

“(...) Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro (...)”.

Igualmente, el supuesto regulado en el Tratado de Libre Comercio Colombia, México y Venezuela (Grupo de los Tres), suscrito el 13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias y, denunciado por la República el 22 de mayo de

2006, regula el sometimiento al sistema de justicia arbitral, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 17-18: Comunicación y Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje.

El inversionista contendiente que pretenda someter una reclamación a arbitraje en los términos de esta sección lo comunicará a la Parte contendiente.

Siempre que hayan transcurrido noventa días desde la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior y seis meses desde que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

a) las Reglas del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 (‘Convenio de CIADI’), cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;

b) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de CIADI; o

c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (‘Reglas de Arbitraje de CNUDMI’), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976, cuando la Parte contendiente y la Parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de CIADI, o este no se encuentre disponible.

Las reglas propias de cada uno de los procedimientos arbitrales mencionados en el párrafo anterior serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección.

Cada Parte consiente en someter las reclamaciones a arbitraje de conformidad con lo previsto en esta sección (...).”

En el ámbito europeo puede mencionarse el caso del denominado “*Energy Charter Treaty (ETC)*”, según el cual cada parte contratante da su incondicional consentimiento para someter las disputas que surjan con ocasión de ese tratado, a mecanismos internacionales de arbitraje o conciliación y en el caso del primer medio alternativo, hasta cuatro modos, a saber (i) arbitraje CIADI -si se ha suscrito su Convención-, (ii) el mecanismo complementario del CIADI -si no se ha suscrito su Convención-, (iii) arbitraje *ad hoc* normado por el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y (iv) un arbitraje por la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Tales normas como se expondrá en el siguiente aparte, constituyen medios de manifestación del **consentimiento de los Estados, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso bajo los principios de derecho internacional, particularmente bajo la vigencia del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados** (Convenio CIADI, Washington, 1965), si se trata, obviamente, de una disputa remitida a dicho Centro.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al ser el arbitraje el sistema de resolución de controversias por excelencia en el plano internacional, cuando nos referimos a un arbitraje de inversión en el que se debate sobre el incumplimiento de un tratado (*treaty claims*), debe distinguirse de aquellos arbitrajes en los cuales se están debatiendo otro tipo de cuestiones que aun ubicadas en el marco internacional, el alcance de las materias que pueden ser objeto del mismo no se refiere al incumplimiento del derecho internacional y, en particular, a las garantías del correspondiente tratado de inversión, sino a cuestiones de orden comercial ordinaria a los cuales se les suele denominar “*arbitraje comercial internacional*”.

Al respecto, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece que “(...) 3) *Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en*

cuenta su residencia habitual. 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley (...)" -Vid. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-.

Tal distinción es relevante en tanto el debate que surge sobre el incumplimiento de un tratado, modifica el alcance y los límites sobre los cuales puede versar la disputa arbitral, ya que los Estados en ejercicio de su soberanía pueden a su elección -a la carta- determinar todos los ámbitos o materias que pueden incluirse o excluirse en determinado tratado, así como la escogencia de los medios para la resolución de conflictos -vgr. Arbitrajes, Tribunales Especiales, entre otros- y límites para el ejercicio de los mismos, **siendo en cualquier caso necesario una manifestación expresa, inequívoca y particular al respecto.**

Con lo cual, esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil, como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir, aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así se declara.

C.- DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL SISTEMA ARBITRAL INTERNACIONAL.

Como bien señala la doctrina, en el arbitraje los problemas concernientes a la jurisdicción y competencia están básicamente limitados a la determinación y alcance del consentimiento para someter controversias al sistema de justicia arbitral, siendo que la existencia de una cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje dependerá en cada caso, de la concurrencia de la intención de las partes de someterse a esta jurisdicción y la prueba de su existencia.

En materia de arbitraje, resulta un dogma en el ordenamiento jurídico venezolano que la voluntad que manifieste el Estado de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito, ya que el mismo debe ser expreso y perfectamente delimitable sobre qué materias o asuntos puede versar, lo cual presupone como se enunció anteriormente, que esa formalización del consentimiento que se realiza en forma escrita, sea libre e inequívoco.

La razón que justifica la satisfacción del carácter escrito, es desde un punto de vista probatorio, que el mismo provee la evidencia de la manifestación externa y concurrente del consentimiento de las partes, así como la extensión de las materias y los requerimientos -de haberlos- para acceder a la sede arbitral.

Ahora bien, para la doctrina es posible que la manifestación de voluntad del Estado se produzca bajo tres vías, a saber **(i) con la suscripción por parte de la administración (nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) de un contrato en el cual se incluya una cláusula de arbitraje; (ii) mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones y; (iii) mediante el establecimiento por una ley nacional.** En ese sentido se ha interpretado el contenido del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) -Vid. CREMADES, BERNARDO. *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration*, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum, Karl-Heinz Böckstiegel, Heymanns, Alemania, 2001-, el cual es del tenor siguiente:

*“(…) (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.*

(…)

(3) El consentimiento de una subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior (…)”
(Resaltado de esta Sala).

En el mencionado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, fue establecido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual para conocer de una determinada controversia conforme al artículo 25 parcialmente transcrito, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que la disputa surja directamente de una inversión; (ii) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del Convenio, y (iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Asimismo, es pertinente destacar que en el 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) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), se autoriza al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) a conocer procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados

que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), circunscribiéndose los mismos a los (i) 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; comprobación de hechos (ii); 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, siempre y cuando la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye también un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos, los cuales son el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

En cualquier caso, cuando las partes disponen someterse al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, resulta relevante tener en consideración que éste sólo resultará aplicable si así lo han acordado por escrito y de forma expresa las partes, conforme al contenido en el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que “(...) ***[L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)***” (Resaltado de esta Sala), **por lo que la suscripción del referido convenio no es considerado como una oferta abierta o unilateral de voluntad de los Estados de someterse al arbitraje regulado por ella.**

Así, en el caso que el Estado sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la manifestación de voluntad puede derivarse como se señaló anteriormente, de una cláusula contractual y acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones o de una ley nacional.

De igual forma, en el supuesto de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) de acuerdo a su Reglamento del Mecanismo Complementario (Mecanismo Complementario), es posible que la manifestación de voluntad provenga de cláusulas contractuales, un acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones -vgr. En el plano internacional y en ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN conocido también por TLC o NAFTA (por sus siglas en inglés North American Free Trade Agreement o ALÉNA, del francés: "*Accord de libre-échange nord-américain*") conforme al artículo 1120- o de una ley nacional.

Ahora bien, respecto al **primer supuesto** para que se considere que existe una manifestación de voluntad, en el ordenamiento jurídico vigente es posible que la administración acuerde en un contrato someter sus diferencias a arbitraje, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia -Vid. Artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (G.O. N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999)-.

Así, debe atenderse al contenido y alcance de cada cláusula para determinar la voluntad de las partes, tal como se refleja en el contexto de tratados internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual establece lo siguiente:

“(...) Artículo 2

*1.- Cada uno de los Estados Contratantes **reconocerá el acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas **respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.***

*2.- **La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.***

3.- *El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (...)*”-Vid. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)-.

Se advierte entonces que en el plano internacional, se reconoce igualmente que el consentimiento de los **Estados** debe ser expreso (por escrito) y que el mismo debe ser inequívoco y particular, ya que no puede referirse en términos generales a cualquier relación jurídica -sino a una determinada-, la cual una vez delimitada, puede establecerse en términos amplios o restringidos, siendo necesario que la misma sea expresa e incuestionable.

De igual forma, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad corresponderá a las partes determinar las materias sometidas a arbitraje, el derecho aplicable entre otros elementos, de conformidad con la normativa que rige la materia.

El origen contractual del sometimiento a la justicia arbitral, hacen plenamente aplicables principios como el de la relatividad de los contratos -*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*-, según el cual sólo los contratantes están ligados por el contrato, por lo que únicamente respecto de ellos el contrato tiene fuerza obligatoria y perjudican y aprovechan sus efectos -Vid. GARCÍA-MUÑOZ, JOSÉ ALPINIANO. *Derecho Económico de los Contratos*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001-.

Asimismo, se debe tomar en consideración que en el plano internacional las operaciones vinculadas a la inversión comportan en algunos casos un grupo de acuerdos sucesivos, por lo cual se ha tomado una visión de un conjunto de expresiones del consentimiento, por lo que las cláusulas de arbitraje no son consideradas como aplicables a los límites derivados del documento particular que contenía la cláusula arbitral, sino son enmarcadas dentro del contexto de la relación contractual total de las partes y por ello

aplicables a la operación entera -Cfr. La decisión de CIADI en el caso “*Holiday Inns v. Morocco*”, del 12 Mayo de 1974 y a LALIVE, P., *The First ‘World Bank’ Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) — Some Legal Problems*, 51 *British Year Book of International Law*. 1980, p. 123, 156-159-.

El **segundo supuesto**, se verifica mediante la suscripción y ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de tratados internacionales, tales como los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y protección de inversiones, que contemplan mecanismos de solución de controversias en materia de inversión entre el Estado y un nacional de otro Estado y, a cuyo texto particular debe recurrirse en cada caso.

Así, es posible que se produzcan contrataciones que sean tuteladas con posterioridad por tratados o acuerdos bilaterales de inversión o que tales contrataciones se produzcan como resultado de las condiciones favorables establecidas en los respectivos acuerdos o tratados, posibilitándose en muchos casos las reclamaciones de particulares -inversionistas- frente al Estado.

Tales circunstancias respecto de las condiciones favorables para el inversor, planteadas en el contexto de las negociaciones internacionales ha generado como práctica habitual, la posibilidad que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses -*Forum Shopping*-, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones, **lo cual si bien puede verificarse acorde al ordenamiento jurídico como una actividad procesal perfectamente lícita y legítima, en algunos casos puede constituirse un verdadero fraude, en la medida que el mismo se utilice para vulnerar el principio de buena fe de las partes para lograr un beneficio o ventaja no tutelado por la legislación efectivamente aplicable, y en detrimento de los derechos e intereses de la otra parte; como es el caso de aquellas conductas asumidas *ex post* al negocio jurídico, con ocasión al surgimiento de la disputa o controversia, entre otros elementos o índices indicativos reveladores del fraude. Con lo cual en cada caso debe aplicarse el *test* o parámetro de racionalidad,**

cuyo contenido se materializa en que el potencial demandado no termine sujeto a un foro al cual no tenía una expectativa razonable de sometimiento -Vid. RICHARD H. KREINDLER. *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers - ICC Institute of World Business Law*. Bernardo M. Cremades & Julian D.M. Lew, París, 2005 y WEINBERG DE ROCA, INÉS. *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002-.

Respecto al **tercer supuesto** de manifestación de voluntad del Estado que se enunció anteriormente (consentimiento vía ley nacional), la Sala advierte que el análisis del mismo no se agota o limita únicamente a las consecuencias formales de considerar que las controversias internacionales que se presenten entre la República e inversionistas extranjeros, deban someterse a la jurisdicción arbitral internacional y, particularmente a la del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), esto es, en otras palabras, que sus consecuencias jurídico prácticas se circunscriban a temas de jurisdicción sino que, además, inciden directamente en el ámbito sustantivo de las controversias en cuanto al derecho aplicable y a los principios de las relaciones internacionales como se expondrá *infra*.

No desconoce esta Sala que en la doctrina y jurisprudencia internacional, las leyes pueden ser consideradas como una manifestación de voluntad suficiente e inequívoca por parte de los Estados para someterse a la jurisdicción del arbitraje internacional, tal como se reconoció en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) N° ARB/94/2, IIC 262 del 24 de diciembre de 1996 (caso: “*Tradex Hellas SA vs. Albania*”) -Vid. Texto consultado el 16 de julio de 2008, en la página web [http://www.investmentclaims.com/IIC_262_\(1996\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_262_(1996).pdf)-, en la cual se determinó que el artículo 8 de la denominada “*Ley de Albania de 1993*” contenía una manifestación de voluntad por escrito suficientemente inequívoca como para subsumirse bajo los supuestos del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); o con anterioridad en la controvertida decisión N°

ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: “*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*”), en la cual se determinó que la estructura y contenido del artículo 8 de la denominada “*Ley de Inversiones de Egipto*” no requería de las partes en conflicto una manifestación de voluntad posterior a la ya contenida en la referida norma.

Por ello, el análisis de la manifestación de voluntad del Estado si bien debe abordarse conforme al derecho interno en la medida que es con base a tal ordenamiento jurídico que se genera el acto estatal, también es pertinente considerar los principios y criterios internacionales en la materia para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional. Atendiendo a los anteriores asertos, la Sala advierte que si la fuente de ese pretendido consentimiento general constara en un instrumento internacional y no en una ley nacional, entonces el estándar de interpretación serían fundamentalmente esos principios internacionales y, por el contrario, ya que este medio de manifestación de voluntad es esencialmente mediante un acto normativo interno (ley), el parámetro para el análisis de la validez de la misma debe ser fundamentalmente el ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, esta Sala estima que el presente análisis debe fundamentarse en ambos estadios del ordenamiento jurídico, ya que bajo las normas contenidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la materia relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral bajo el régimen del artículo 25 de la Convención, debe fundamentarse no en referencia a la ley nacional sino en el ordenamiento jurídico internacional -Cfr. CIADI, caso: “*CSOB vs. Slovakia*” del 24 de mayo de 1999-.

Formular un análisis hermenéutico conforme a los principios y normas del ordenamiento jurídico internacional, se justifica (no sólo desde el punto de vista formal, sino también práctico) bajo el principio competencia-competencia que permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las

excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

“(...) El principio Compétence-Compétence y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Compétence. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de Competence tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de compétence que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. Compétence hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin compétence dicho principio solo no permitiría que un

árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por compétence.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...)" -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. El Principio Compétence-Compétence Revisado, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84-.

De ello resulta pues, que tan poca utilidad tiene un laudo arbitral que desconozca normas de orden público del ordenamiento jurídico del Estado que se pretende ejecutar, como un análisis que se abstraiera del contexto internacional en materia de arbitraje, limitándose a consideraciones de orden interno que poco aportan a la decisión que el Tribunal Arbitral Internacional asuma sobre la competencia de su jurisdicción.

Sobre la base de los anteriores parámetros, se advierte que desde el punto de vista de derecho interno la Sala ha señalado que “(...) la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución. Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert, Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo. (...) parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so

pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/03-.

Así, el en el presente caso es procedente acudir al principio general de interpretación de la ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, cuyo contenido afirma que *“(...) a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)”*, lo cual resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal. Así, *“(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría (1994. Revolución Francesa y Administración Contemporánea (4° Edición). Madrid: Editorial Cívitas. Pág. 29) denomina como ‘fuentes significativas’ del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico (...)”* - Vid. Sentencia de esta Sala N° 760/07-.

En ese contexto, la República puede determinar según razones de oportunidad y conveniencia las condiciones y alcances de sus relaciones internacionales, así como los medios alternativos de resolución de conflictos, toda vez que del texto del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son todos ellos (arbitraje, conciliación, negociación) parte del sistema de justicia, sin que exista prevalencia de un medio sobre otro.

Ciertamente, si bien la República y el gobierno conforme a la Constitución y leyes vigentes se encuentran limitados en la extensión de sus facultades

frente a otros sujetos de derecho internacional por principios fundamentales del ordenamiento jurídico -tales como las limitaciones contenidas en el artículo 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “(...) *El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional (...)*”-, también es que la soberanía y la autodeterminación nacional permiten y obligan a los órganos del Poder Público a establecer las condiciones más favorables para el logro de los intereses y fines del Estado consagrados en la Constitución, conforme al artículo 152 el cual establece lo siguiente:

“(...) Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales (...)”.

Ahora bien, dado que conforme al ordenamiento jurídico nacional **el consentimiento del Estado** en el arbitraje legal y jurisprudencialmente es inequívoco y expreso en los términos antes señalados, presupone asimismo que el consentimiento deba ser informado -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, para que en cada caso la actuación del Estado responda a sus fines en función del ejercicio de la soberanía.

Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular. Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje

como medio de resolución de conflictos, sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso.

Así, se debe postular que si bien es posible que mediante una ley la República pueda emitir su voluntad de someterse al arbitraje internacional - supuesto que no se verifica en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones como se expondrá *infra*- la interpretación de las correspondientes normas en el derecho interno debe realizarse en cada caso, tomando en consideración los criterios contenidos en la presente decisión.

En ese orden de ideas, se ha pronunciado recientemente SHREUER al señalar que si bien los Estados pueden manifestar su consentimiento en materia de arbitraje en términos generales en su legislación, para resolver todas las controversias surgidas de inversiones o ciertas categorías de inversiones extranjeras, **no debe tenerse como un consentimiento u oferta del Estado cualquier referencia a la posibilidad de someterse al arbitraje en materia de inversiones, sino que tal determinación es fundamentalmente casuística**, ya que algunas legislaciones pueden establecer previsiones legislativas inequívocas -como el mencionado caso del artículo 8 de la denominada Ley de Inversiones Extranjeras de Albania, cuyo contenido y redacción es similar a una típica cláusula de arbitraje a nivel contractual-, **o el caso de normas en las cuales claramente se establece que el Estado debe dar un consentimiento aparte o separado a la mención contenida en la ley** -como aquellas leyes en las cuales se establece que el Estado puede acordar someter a arbitraje- y previsiones que debido a su falta de claridad deben interpretarse -tal como se consideró en el mencionado caso del CIADI N° ARB/97/6 del 27 de noviembre de 1985 (caso: “*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*”)- (Vid. SCHREUER, CHRISTOPH. *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer ed. 2008), consultado el 17 de julio de 2008 en la página web http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf).

En ese orden, se puede reseñar el tratamiento que en el derecho comparado se ha efectuado en torno a la manifestación del consentimiento de los Estados en materia de arbitraje, sobre la base de la cual esta Sala advierte lo siguiente:

| PAÍSES | LEGISLACIÓN. | CONTENIDO Y CONDICIONES. |
|-----------------|---|--|
| Albania | 1993 Ley N° 7764. Artículo 8. | Esta legislación fue objeto de análisis en el citado caso del CIADI “ <i>Tradex vs. Albania</i> ” del 24 de diciembre de 1996, constituyéndose la referida norma como una inequívoca oferta unilateral de sometimiento a arbitraje respecto a los casos vinculados con expropiaciones. |
| Costa de Marfil | 1995 Ley N° 95/260 Artículo 24 | En el presente ordenamiento jurídico, no sólo somete al Estado a las previsiones del CIADI y del mecanismo complementario, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 24, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo. |
| El Salvador | 1999 Ley de Inversiones Artículo 15 | En su artículo 15 <i>eiusdem</i> , se establece que “(...) <i>En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia:</i> <i>Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI);</i> <i>Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia</i> ” |

| | | |
|------------|---|--|
| | | <p>mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del CIADI (...)", lo cual denota no sólo la inexistencia de una oferta unilateral, sino la necesidad de un acuerdo previo o una manifestación de voluntad por escrito de las partes, para poder someterse a la jurisdicción arbitral.</p> |
| Egipto | <p>1997 Ley N° 8 Artículo 7</p> | <p>En el artículo 7 de la correspondiente ley de inversiones, se establece expresamente que las disputas surgidas con ocasión de la aplicación de la ley, entre Estados y de éstos con inversionistas deben resolverse de conformidad con lo acordado por las partes, ello a los fines de evitar las interpretaciones desfavorables que respecto de leyes derogadas, habían formulado órganos de arbitraje internacional -Vid. CIADI, decisiones del 14 de abril de 1988, caso: "<i>Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt</i>") y del 24 de junio de 1993, caso: "<i>Manufactures Hanover Trust Co. vs. Arab República o Egypt</i>".</p> |
| Etiopía | <p>1999 N° 37/1996 Artículos 21 y 22</p> | <p>Se establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.</p> |
| Kazajistán | <p>2003 Ley sobre Inversiones Artículo 9(2)</p> | <p>Como resultado de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se abandonó el sistema abierto o liberal y se estableció la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional.</p> |
| México | <p>2006 Ley de Inversión Extranjera</p> | <p>Esta legislación no contiene ni permite un consentimiento unilateral del Estado para someter disputas a arbitraje internacional. No obstante, cabe destacar que bajo la ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN y conforme al artículo 1120 <i>eiusdem</i>, México se ha sometido a varios procedimientos en CIADI.</p> |
| Namibia | <p>1993 Acta N° 24</p> | <p>La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado da su</p> |

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| | Artículo 13 | consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional y prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral. |
| Perú | 1991 Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera Artículos 16 y 17 | De conformidad con los artículos 16 y 17, “(...) <i>Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte del Perú. Artículo 17.- Los derechos en el presente Título no afectan ni limitan en forma alguna el derecho de los inversionistas extranjeros a acceder a los beneficios que se les otorgue o hayan otorgado mediante otros dispositivos legales (...)</i> ”. |
| República de África Central | 1988 Ley N° 88.004 Artículo 30 | El ordenamiento jurídico de esta nación africana no sólo somete la conciliación y el arbitraje a las previsiones del CIADI, sino que expresamente destaca que el consentimiento del Estado es dado en virtud del contenido del artículo 30, requiriéndose en todo caso que el inversor manifieste su voluntad antes que la inversión sea llevada a cabo. |
| República de Botsuana | 1970 “ <i>Settlement of Investment Disputes Act</i> ” (*) Sección 11 | La legislación de inversiones extranjeras contiene una cláusula amplia y unilateral del Estado para someterse a la jurisdicción del CIADI, siempre y cuando el inversionista dentro del año de su inversión inicial, otorgue su consentimiento por escrito ante el correspondiente órgano sectorial. (*) -Vid. AMAZU A. ASOUZU. <i>Internacional Commercial Arbitration and African Status: Pratices, Participation and Institucional Development</i> . Cambridge University Press, 2001-. |
| Tanzania | 1997 Acta de Inversiones Artículo 9 (1) y (2) | Este ordenamiento jurídico establece la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia de un arbitraje internacional. |
| Túnez | 1993 Ley N° 93/120 Artículo 67 | Como consecuencia de un proceso de reformas legislativas relacionadas con la promoción de inversiones extranjeras, se acentuó la necesidad de la suscripción de un acuerdo específico para la procedencia |

| | | |
|--------|--|---|
| | | de un arbitraje internacional. |
| Uganda | 2006 Código de Inversiones Aparte V, Sección 29(3) | La legislación de inversiones extranjeras establece que el Estado no sólo no da su consentimiento para someterse a los procedimientos de arbitraje internacional, sino prevé que es en el otorgamiento de la respectiva licencia que puede el Estado acordar con el inversor el someterse a la jurisdicción arbitral. |

Del anterior cuadro, puede colegirse que la tendencia internacional es establecer disposiciones claras en torno a la voluntad de los Estados de someterse de forma unilateral a la jurisdicción arbitral y, en aquellos casos en los cuales la legislación resultaba favorable desde la perspectiva de los tribunales arbitrales para someter controversias a su jurisdicción en contra de la voluntad de los Estados, tales disposiciones legislativas han sido derogadas por sistemas rígidos que niegan tal posibilidad.

Tales circunstancias resultan fundamentales, si se admite como principio la necesidad que la voluntad del Estado sea expresa e inequívoca de someter sus controversias a arbitraje, ya que no puede pretender afirmarse esa intención o alcance a una manifestación de voluntad comprendida en una ley cuyo contenido se ha restringido por modificaciones de orden legal y por la actividad internacional desarrollada por ese Estado -vgr. Suscripción de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones o de contratos con soluciones diversas a las supuestamente planteadas en la ley-.

Ahora bien, en el contexto jurisprudencial internacional la interpretación del consentimiento ha sido objeto de múltiples decisiones, fundamentalmente con ocasión de la ejecución del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). Así, cabe destacar que la simple afirmación de la interpretación restrictiva o estricta de tales normas, fundamentada en que el consentimiento es otorgado por un Estado soberano, no ha sido acogida en organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI).

Sobre ese punto, se ha afirmado en materia contractual que la interpretación de una cláusula arbitral o la manifestación de voluntad de un Estado al respecto, no debe formularse en términos restrictivos sino sobre la base del principio “*pacta sunt servanda*”, como principio de derecho común en todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, de forma tal que lo relevante es determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje -Vid. CIADI, caso: “*Amco Asia Corporation vs. República de Indonesia*” del 25 de septiembre de 1983-.

En un caso posterior, se señaló que si bien el consentimiento para someterse a la jurisdicción del arbitraje no puede presumirse que se constituya en una derogación del derecho a acceder a los tribunales nacionales, la interpretación del mismo no debe regirse bajo un criterio hermenéutico estricto o amplio, sino bajo el principio de buena fe -Vid. CIADI, caso: “*SOABI vs. Senegal*” del 25 de febrero de 1988-.

En la decisión del 14 de abril de 1988 (caso: “*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*”), resulta relevante el criterio expuesto por el Tribunal Arbitral, según el cual si bien la manifestación de voluntad contenida en una ley no debe interpretarse ni en forma amplia ni estricta, sino objetivamente bajo el principio de buena fe y sólo se encontrará fundamentada correctamente, si los argumentos y elementos de las normas bajo análisis a favor de la existencia de la manifestación de voluntad son preponderantes.

Recientemente se ha afirmado en materia de tratados internacionales que la interpretación en lo que respecta a la manifestación del consentimiento, debe aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados, como los principios contenidos en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena - Vid. CIADI, Caso: “*Mondev Intl. Ltd vs. Estados Unidos*” del 11 de octubre de 2002, así en similar sentido las decisiones “*Tradex vs. Albania*” del 24 de diciembre de 1996 y “*SGS vs. Filipinas*” del 29 de enero de 2004-.

También, se ha señalado en esta materia y con ocasión de la interpretación de las denominadas “cláusulas paraguas”, que correcta aproximación a la determinación de la existencia y alcance de la manifestación de la voluntad debe subsumirse bajo el principio “*indubio mitius*” -Vid. CIADI, “*SGS vs. Pakistan*” del 16 de agosto de 2003-.

El principio “*indubio mitius*” ampliamente reconocido en el derecho internacional como medio complementario de interpretación, “(...) se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. **Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes** (...). En el asunto *Comunidades Europeas-Hommonas*, el órgano de apelación aplicó este principio de la siguiente manera: (...) **No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF (...)**” (Destacado de esta Sala) -CONDON, BRADLY J. *El derecho de la Organización Mundial de Comercio Tratados, Jurisprudencia y Práctica*. Cameron May, p. 56-57-.

Bajo ese marco jurisprudencial, considera la Sala que debe interpretarse el artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (G.O. N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999), a la luz del texto constitucional venezolano, el cual establece lo siguiente:

“(...) Artículo 22. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de

*Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece**, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (...)*” (Destacado de la Sala).

Así, pueden extraerse tres supuestos claramente expuestos, a saber:

- Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, en cuyo caso debe atenderse al correspondiente acuerdo bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones;
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI); lo cual comporta que es sobre la base de ese convenio que debe determinarse si existe una manifestación de voluntad por parte del Estado para someter determinadas controversias a mecanismos de arbitraje, circunstancia que como se señaló anteriormente, puede derivar de una cláusula contractual, un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones o una ley en donde se establezca dicho consentimiento de forma inequívoca y expresa (que no es el caso de la vigente Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones *in comento*).
- Las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), cuyo contenido sí establece expresamente que “(...) *Artículo 57.- Diferencias entre el organismo y sus miembros. a) Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 56 y de la Sección b) de este Artículo, cualquier diferencia entre el Organismo y un miembro o una dependencia del mismo y cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado*

de ser miembro del Organismo, se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio. b) Las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. En este último caso, el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo, el cual, en cada caso, será aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el organismo emprenda operaciones en los territorios del miembro de que se trate (...). Artículo 58.- Diferencias en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro. Toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre las partes del mismo se someterá a arbitraje para laudo final de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro (...)" -Vid. Artículos 57 y 58-, por lo que en los términos antes señalados la República en el particular marco regulatorio de ese convenio se sometió expresamente a la jurisdicción arbitral y en los términos que el mismo establece (No así para el caso del CIADI).

De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje,** lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), sí se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto -Vid. Artículos 57 y 58 del Convenio y 1, 2 y 4 del Anexo II-; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató

supra, en donde se ha señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral).

A igual conclusión debe arribarse de la lectura integral del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, ya que la norma al señalar que “*Las controversias que surjan entre un inversionista internacional*”, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela “(i) *un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones*, (ii) *o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA)* (iii) *o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI)*, ***serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece*** (...)”, frase cuyo contenido denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma, que la voluntad del legislador se refiere expresa e inequívocamente al contenido interno o propio de los respectivos acuerdos o tratados. Por ello, dado que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados no contiene en sí, manifestación alguna de voluntad para el sometimiento al sistema arbitral es que debe desestimarse cualquier argumentación en ese sentido, salvo que se contraríe la propia doctrina jurisprudencial antes referida y el contenido del artículo 25 y el preámbulo del mencionado Convenio el cual establece que “(...) [L]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado (...)”.

Una interpretación en contrario, sería afirmar que la sola mención en una ley nacional al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o su Reglamento del Mecanismo Complementario, implica la manifestación de voluntad del Estado y por lo tanto la admisión de la voluntad presunta en materia de arbitraje, lo cual es inaceptable bajo cualquier ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, ya que para que proceda el sometimiento a arbitraje internacional, es preciso atender al contenido de cada tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones y, en caso de no existir dicho instrumento, es necesario que la declaración de voluntad del Estado conste por escrito de forma expresa e inequívoca en un contrato mediante la inclusión de una cláusula arbitral o a través de una declaración válidamente otorgada por la autoridad competente; habrá de buscarse si existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna disposición legislativa que someta a arbitraje determinadas materias o relaciones contractuales, sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, como sustento de una manifestación de voluntad del Estado al respecto, toda vez que su naturaleza es la de una norma enunciativa, que regula los términos en base a los cuales el Estado puede someter las controversias relativas al objeto de la mencionada ley al sistema de arbitraje internacional.

Desde el punto de vista internacional, asumir que el Estado Venezolano mediante la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras, derogaría formal y materialmente los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya que bajo las cláusulas de la nación más favorecida, conforme a la cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, los inversores no sólo excluirían la vía diplomática u otros medios para la resolución de conflictos -vgr. Acciones ante el Poder Judicial, conciliación o incluso arbitrajes ante otras instituciones como la Cámara Internacional de Comercio-, sino que se vaciaría de contenido el principio de buena fe del Estado al suscribir convenios bilaterales o multilaterales de inversión con soluciones distintas o diversas a las contempladas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario.

Ciertamente, si bien bajo la vigencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario, se tramitan y desarrollan una gran cantidad de arbitrajes internacionales, también debe reconocerse la existencia de otras instituciones que los Estados soberanamente pueden elegir a tales efectos, como la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, sin que pueda afirmarse apriorísticamente, la preponderancia o preferencia de uno sobre otro, por lo que la voluntad de los Estados al respecto es fundamental y necesaria para determinar en cada caso bajo qué régimen o institución se deberá someter a la jurisdicción arbitral.

Una interpretación del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, que concluya que el mismo realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mitius*.

La anterior conclusión resulta cónsona con el desarrollo de la actividad internacional de la República, en la cual se han suscrito acuerdos sobre promoción y protección de inversiones, como las contenidas en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -G.O. N° 37.913 del 5 de abril de 2004-, según el cual la resolución de controversias derivadas de la ejecución del mismo, debe resolverse conforme su artículo 9, a la elección del inversor a los “(...) *tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o al arbitraje (...)*. 2.- *El inversor que haya optado por*

someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante, no podrá luego recurrir al arbitraje (...). 3.- El inversor que opte por el arbitraje internacional podrá someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido conforme las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (...); asimismo, prevé expresamente el Acuerdo bajo examen en su Protocolo, que “(...) en caso de que en el futuro ambas Partes lleguen a ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, el arbitraje a que se refiere el artículo 9 párrafo 3, se efectuará en el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones C.I.A.D.I., y sólo en el caso en que, por cualquier circunstancia, CIADI no esté disponible, se someterá al arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (...)”.

Asimismo, debe referirse que la República Bolivariana de Venezuela al suscribir el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán -G.O. N° 38.389 del 2 de marzo de 2006-, optó por una solución distinta al establecer en su artículo 11, lo siguiente “(...) en caso que la Parte Contratante Receptora y el/los inversionistas no logran acordar, en un período de seis meses a partir de la fecha de notificación del reclamo efectuado por una de las Partes a la otra, el inversionista interesado podrá referir la disputa a los tribunales competentes de la Parte Contratante Receptora, o a: a.- Un Tribunal arbitral ad hoc a ser establecido bajo las reglas de la UNCITRAL; o b.- Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París; o c.- Centro Internacional para la solución de Diferencias sobre Inversiones, si ambas Partes en el contrato son miembros de esta Convención [condición que no se verifica en la actualidad en el caso de Irán] (...)” (Corchetes de esta Sala).

Incluso, como se adelantó previamente, las consecuencias jurídico prácticas de una potencial oferta **unilateral** de arbitraje (vía ley nacional), por el sólo hecho de haberse suscrito el Convenio CIADI, no se agotan en los prolegómenos de acceso a la jurisdicción CIADI, esto es, a problemas de

“jurisdicción”; sino que despiertan también diversas interrogantes de cara a su coherencia y armonía con las denominadas cláusulas de la nación más favorecida, conforme al cual procede la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte o a todas las demás partes de un acuerdo, lo que potencialmente pudiera generar desequilibrios entre las relaciones de un país con otros (y a sus nacionales, obviamente), así como el cuestionamiento mismo de la utilidad práctica de la redacción “a la carta” de cada uno de los Acuerdos o Tratados de Protección de Inversiones (en donde cada Estado pondera qué tipo de inversiones quiere proteger y en qué forma), llegando incluso a cuestionarse si ello no podría llegar al extremo de derogar en la práctica a tales Tratados.

Así, afirmar que existe en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones una oferta unilateral no sólo resulta absurdo desde una perspectiva internacional, sino contraría igualmente el contenido de la legislación interna, en particular de los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, los cuales establecen expresamente lo siguiente:

“(…) Artículo 5°.- Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto Ley.

Parágrafo Primero: No obstante lo previsto en los artículos 8° y 9° del presente Decreto-Ley, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutarán sólo de la protección concedida por este Decreto-Ley, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.

Parágrafo Segundo: En la negociación de tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones, el Estado procurará asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien esos tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países, en Venezuela.

(…)

Artículo 7°.- Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: Mediante ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

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

Artículo 8°.- No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales.

Parágrafo Único: Lo previsto en este artículo no será obstáculo para que puedan establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Artículo 9° Las inversiones y los inversionistas internacionales, tendrán derecho al trato más favorable conforme a lo previsto en los artículos 7° y 8° de este Decreto Ley (...)."

Así, a manera de ejemplo, supongamos que un Estado (como ocurrió con Albania y su Ley de 1993, *ut supra*), realiza una oferta unilateral de arbitraje a todos los inversionistas cuyo país de origen sí haya suscrito el Convenio CIADI, se observa, que pudieran ocurrir circunstancias como estas: (i) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI) puede demandar al país oferente (como Albania), pero sus nacionales -de este último- no podrían hacer lo mismo, porque en el país X no existe una ley similar, dado que la sola suscripción del Convenio CIADI no otorga esa facultad automática; con lo cual, se le estaría dando una posición privilegiada al país X (una suerte de "inmunidad") que no se le ofrece a otros países con los cuales sí se hayan suscrito específicos Tratados Bilaterales de Inversión, y a los cuales sí se les podría demandar directamente (hayan suscrito el convenio CIADI o no); (ii) un inversionista de un país X (que suscribió Convenio CIADI), y con quien el Estado oferente (vía ley) no tiene ningún tipo de relaciones comerciales estables (prueba de ello es que no existen convenios o tratados), puede demandar directamente a ese último Estado, sin parámetros (por cualquier materia, en cualquier momento, sin cargas previas, sin el deber de agotar

instancias diplomáticas, sin importar qué tipo de “nacional” se trate, entre otras especificaciones) y, en cambio, el nacional inversionista de un país Y (con cuyo país de origen sí se ha suscrito un Tratado de Protección de Inversiones, pero no ha suscrito el Convenio CIADI), debe someterse y observar el contenido de dicho Tratado en aras de poder demandar. Todo lo cual, en principio, generaría una mejor posición de los nacionales del país con quien no se tienen Tratados, en lugar de los que sí.

Con ello, resulta claro que interpretar que el artículo 22 *eiusdem* contiene una oferta unilateral a favor de la arbitralidad para la resolución de controversias, desconocería que el Estado debe procurar asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en él o los países con los cuales se negocien tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países en Venezuela -en los supuestos señalados *ut supra*-, más aun cuando la ley prevé que las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tienen vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutan sólo de la protección concedida por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida, lo cual no sería necesario si se asume una interpretación a favor de una oferta unilateral.

Aunado a las anteriores consideraciones, cabe señalar que no es posible tampoco derivar una oferta unilateral por parte del Estado del contexto del artículo 21 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, el cual establece que “(...) *Cualquier controversia que surja entre el estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el estado*

venezolano propiciará el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias (...)”. Ciertamente, de una simple lectura del artículo parcialmente transcrito es evidente que el mismo no se refiere a controversias surgidas entre particulares (inversionistas) sino entre Estados, siendo obligación del Estado propiciar la resolución del conflicto mediante el sistema arbitral que ambos Estados soberanamente determinen -vgr. Arbitraje *ad hoc*-.

Finalmente, se reitera que la sola suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, por parte de uno, varios o todos los Estados relacionados en materia de inversiones internacionales por acuerdos de protección y promoción de inversiones bilaterales o multilaterales, no vinculan *ipso iure* la resolución de las respectivas controversias a los procedimientos contenidos en dicha convención, siendo cardinal en todo caso, la existencia de la tantas veces aludida manifestación escrita e inequívoca de voluntad.

Realizadas las anteriores consideraciones, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos expuestos y ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta las disposiciones legales antes referidas a los postulados constitucionales. Así se decide.

III DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara:

1.- INADMISIBLE la intervención de los ciudadanos Francisco Castillo García, José Gregorio Torrealba y Diego Tomás Castagnino, ya identificados, como terceros a los fines de “(...) *coadyuvar en cuanto al sentido que ha de darse a la interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 de la Constitución (...)*”.

2.- RESUELTO EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DEL ÚNICO APARTE DEL ARTÍCULO 258 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, en los términos contenidos en este fallo.

3.- En atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala **ORDENA** la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente:

“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 17 días del mes de octubre de dos mil ocho (2008). Años: 198° de la Independencia y 149° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO
Ponente

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ
El Vicepresidente

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

Los Magistrados

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

El Secretario

Exp. N° AA50-T-2008-0763

LEML/

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia resolvió la solicitud de interpretación que se planteó respecto del artículo 258 de la Constitución de 1999, específicamente en su mención a que *“la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*.

Quien discrepa, en tributo a la coherencia con su criterio jurídico, reitera el voto salvado que rindió a la decisión de esta Sala n.º 1186 de 18 de julio de 2008, mediante la cual se admitió esta solicitud de interpretación, en la cual se expuso:

...observa el salvante que de la narrativa y específicamente del petitorio de la solicitud se desprende que los solicitantes no plantearon ninguna duda interpretativa acerca del contenido de la norma constitucional, sino que lo que se pretende es que la Sala declare la interpretación que del mismo precepto los solicitante asumen a título particular y que está transcrita en las páginas 4 y 5 de la sentencia.

En otros términos, no se está pretendiendo que la Sala aclare algún aspecto oscuro del contenido de la norma constitucional, sino que se está solicitando que la Sala declare, con fuerza de cosa juzgada, cuál es el único desarrollo posible de esa norma y cuál es el alcance que los medios alternativos de solución de conflictos pueden tener en nuestro ordenamiento. Así, el precepto cuya interpretación se petitionó no plantea duda razonable alguna en cuanto a su contenido, pues se trata de un exhorto del constituyente al legislador para que promueva *el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos*. En consecuencia, frente a ese exhorto constitucional, cuyos términos, se insiste, no manifiestan mayor duda, lo que procede es su desarrollo legislativo y, en todo caso, si ese desarrollo se excediera de alguno de los límites del marco constitucional, procedería entonces su control posterior a través de los medios procesales de los que dispone la jurisdicción constitucional, de acuerdo con los artículos 333 y siguientes de la Constitución, en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando se pretende que la Sala establezca cómo ha de desarrollarse el artículo 258 de la Constitución por parte del legislador y hasta dónde puede llegar esa promoción del arbitraje y demás medios alternativos de solución de conflictos, se está utilizando el medio procesal de la solicitud de interpretación como una especie de dictamen jurídico por parte de este órgano jurisdiccional, cuestión que esta Sala ha rechazado reiteradamente, entre otras, en decisiones n.º 3101/04, n.º 1158/06, n.º 998/07, n.º 1294/07 y más recientemente, en el fallo n.º 790/08 y, además, se estaría realizando un control *a priori* –no dispuesto en nuestra justicia constitucional- para el ejercicio de la función legislativa, control cuya procedencia no es admisible mediante solicitudes de interpretación, como puso de manifiesto esta misma Sala en pronunciamiento n.º 2801 de 27 de octubre de 2003.

El salvante observa que si bien la dispositiva del veredicto que causa este voto declara “resuelto el recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos contenidos en este fallo”, en la motiva del acto jurisdiccional no se interpreta ni se aclara, en modo alguno, esa norma constitucional, por la evidente razón de que ese precepto constitucional no genera ninguna duda y es suficientemente claro.

La motivación del acto decisorio de la decisión expuso, en primer lugar, una serie de disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica, desarrollo y alcance del arbitraje en Venezuela y en el Derecho comparado, más propias de un dictamen jurídico y no de una sentencia de interpretación constitucional, como se advirtió en el voto disidente del acto de juzgamiento n.º 1186/08 que antes se transcribió. En el fallo, la sentencia interpretó y aclaró el alcance del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en concordancia con el contenido de los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 21 de la misma Ley, los cuales también se analizaron en la decisión. Tales pronunciamientos de interpretación legal competen exclusivamente a la Sala Político-Administrativa, en atención al artículo 5, cardinal 52, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo que implica que esta Sala Constitucional se excedió en el ejercicio de su competencia interpretativa, la cual se limita al despeje de dudas acerca del contenido y alcance de normas constitucionales.

En tercer lugar, el veredicto que antecede interpretó el alcance de Convenios Internacionales, como lo son el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) y el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), lo que, por las razones que antes se expusieron, excede con creces del alcance de la potestad de interpretación constitucional de esta Sala y contradice la jurisprudencia pacífica y reiterada que ella ha sostenido acerca del alcance de las solicitudes de interpretación, en decisiones n.º 3101/04, n.º 1158/06, n.º 998/07, n.º 1294/07 y n.º 790/08, entre otras. Asimismo, con tales pronunciamientos la sentencia se excedió de la competencia de control constitucional de este juzgador sobre convenios y tratados internacionales, la cual se limita a “*Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación*” (artículo 336, cardinal 5, de la Constitución), control concentrado y previo de la constitucionalidad que ninguna relación guarda con peticiones de interpretación *ex post* de esos instrumentos jurídicos internacionales.

De allí que, por cuanto no se cumplían en este caso los supuestos de admisibilidad de la pretensión de interpretación, considera quien suscribe como disidente que la Sala debió mantener la coherencia de su jurisprudencia y negar su admisión, bien *ab initio*, bien en esta oportunidad de juzgamiento del fondo del asunto, por cuanto la admisibilidad es siempre asunto de estricto orden público.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

Fecha *retro*.

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

La Presidenta

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ
El Vicepresidente

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Disidente

Los Magistrados

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

El Secretario

Exp. 08-0763