

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público*

Allan R. Brewer-Carías*

Principia No. 5–2021 pp 29-51

Resumen: El trabajo presenta una perspectiva histórica de cómo ha progresado la visión que ha tenido el Estado Venezolano del arbitraje en el derecho público desde la época republicana hasta nuestros días

Abstract: The present work depicts an historical perspective on the evolution that the Venezuela State have had on arbitrating public law matters since the republican foundation until the present day.

Palabras Claves: Arbitraje, derecho público, derecho administrativo

Keywords: Arbitration, public law, administrative law

* Texto preparado para la exposición en las *VII Jornadas de Arbitraje 2020*, organizadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 25 de noviembre de 2020

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor Visitante (1972-1974) y Profesor de Post Grado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; Profesor de Postgrado en las Universidades de Paris II (1989-1990), del Rosario en Bogotá y del Externado de Colombia (2000-2006); y Profesor Visitante (2002-2004) y Profesor Adjunto de Derecho (2006-2008) en la Columbia Law School, en Nueva York

En el derecho público, la aceptación del arbitraje ha tenido sus vaivenes, habiéndose pasado, en olas sucesivas, del rechazo total de su aplicación a su aceptación general, habiéndose sorteado siempre en ese proceso la barrera general del principio de la legalidad, que impone que los titulares de los órganos del Estado solo pueden actuar cuando tienen asignada una competencia en forma expresa mediante ley.

Por ello, en sus inicios, la ausencia de normas legales que regularan el arbitraje fue siempre el principal escollo en la materia; y de allí, la importancia que tienen, por ejemplo, previsiones como las del Código Orgánico Tributario que regulan expresamente el arbitraje tributario, lo cual, sin duda, puede considerarse como un punto culminante en la progresiva admisión del arbitraje en el derecho público.

Contrasta, así, el tratamiento del arbitraje como medio de solución de controversias en derecho público, con el que ha existido en el campo derecho privado, donde en cambio el arbitraje puede decirse que es tan viejo como el derecho de la propia

República, al incluirse en el propio texto de la Constitución de 1830 entre los derechos de las personas, como el de “de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos” (art. 190)¹; previsión que en esos mismos términos se repitió posteriormente en las Constituciones de 1857 (art. 100) y 1858 (art. 150).

La norma fue eliminada de la Constitución federal de 1864, habiéndose incluido en la misma, en contraste, una regulación específica del arbitraje en el campo del derecho público, en relación con los tratados internacionales, disponiéndose que en los mismos siempre se debía incorporar una cláusula conforme a la cual “todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse sin apelación a la guerra por arbitramento de potencia o potencias amigas” (art. 112). La norma luego se repitió en todas las Constituciones posteriores (1874, art. 112; 1881, art. 109; 1891, art. 109; 1893, art. 141; 1901, art. 133; 1904, art. 120; 1909, art. 138; 1914, art. 120); hasta la de 1922 (art. 120).

¹ J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en la *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, 62

Estas previsiones constitucionales, por supuesto, trajeron sus consecuencias, de manera que todas las controversias internacionales que Venezuela tuvo con Colombia, Brasil y el Reino Unido relacionadas con temas fronterizos, se resolvieran mediante arbitraje internacional, en los cuales en general, los intereses del país no siempre fueron reconocidos. Esa experiencia en la segunda mitad del siglo XIX, sin duda, dejó una marcada herida nacional que ha sido difícil de curar, originando una reticencia generalizada de principio o una cultura hostil respecto del arbitraje, lo que se reflejó, específicamente en materia de contrataciones públicas.

Por ello, incluso, desde la sanción de la Constitución de 1893, el arbitraje fue expresamente excluido en materia de contratación pública, habiéndose previsto en la misma tres prohibiciones específicas en la materia, siendo la primera la que derivó del principio de la inmunidad

absoluta de jurisdicción, al considerarse incorporada tácitamente en dichos contratos una cláusula que impedía el arbitraje, es decir, que imponía que las controversias que se originasen sobre la inteligencia y ejecución de los mismos solo podían ser resueltas por los tribunales nacionales de acuerdo con la ley venezolana. Además, la Constitución previó que dichos contratos en ningún caso podrían ser transferidos a Estados extranjeros; y que en ningún caso, tales contratos podían ser motivo de reclamaciones internacionales (Clausula Calvo) (art. 149)².

Esas cláusulas prohibitorias continuaron previéndose en el texto de todas las Constituciones posteriores, y solo fue en la Constitución de 1947 cuando la segunda de ellas fue modificada, al transformarse la inmunidad absoluta de jurisdicción en una inmunidad *relativa* (art. 108), abriéndose entonces la posibilidad de que de

² El origen de la cláusula, lo que explica su denominación “Calvo”, estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual Carlos Calvo refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. A pesar de haberse incluido en la Constitución dicha Cláusula, sin embargo, incluso una década después, se produjo el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana con el fin de forzar el cobro de la deuda pública que mantenía el país con Alemania, Inglaterra e Italia, conflicto del cual incluso derivó la aplicación en Venezuela de la conocida “Doctrina Drago”, que rechazaba el cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados. Al respecto, véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional* (Madrid, 1927)

acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato público, se pudieran incorporar cláusulas para permitir la resolución de controversias a la decisión de tribunales arbitrales o de tribunales extranjeros, incluso aplicando la ley extranjera. La norma se conservó en la Constitución de 1961 (art. 127) y bajo mi propuesta contrariando la que había formulado el presidente Hugo Chávez ante la Asamblea Constituyente, también se conservó en la Constitución de 1999 (art. 151)³.

Con base en la previsión de la Constitución de 1947, el tema del arbitraje en la contratación administrativa solo se comenzó a discutir al inicio del período democrático cuando, ante ausencia de previsiones legales, la Procuraduría General de la República comenzó a aceptarlo en los contratos de interés público, pero solo respecto a las discrepancias relativas a cuestiones técnicas. En esos mismos años, en 1960, sin embargo, el profesor Antonio Moles Caubet, en un trabajo sobre el “Ar-

bitramento en los Contratos Administrativos,”⁴ argumentó a favor de la admisión en forma general de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público. El tema lo retomé yo mismo en 1964, discrepando de ese planteamiento, considerando que en los contratos públicos dichas cláusulas arbitrales no eran admisibles precisamente porque no existía en el ordenamiento jurídico, en ese momento, norma alguna que autorizara a los órganos del Estado a incluir este tipo de cláusula en los contratos administrativos⁵. Consideré entonces que el arbitraje, teniendo en su origen una cláusula contractual, para que el consentimiento del órgano o ente público se considere válido es necesario una previsión legal que le asigne la competencia.

El tema no se volvió a discutir sino hasta finales de la década de los setenta del siglo pasado, particularmente en materia de contratos de empréstito público externo, cuando la Procuraduría

³ Sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8-Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 209-233

⁴ Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, 22

⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones fundamentales del derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad central de Venezuela, Caracas 1964

General de la República comenzó a considerar procedente la incorporación de cláusulas arbitrales en dichos contratos (1977), mediante las cuales el Estado renunciaba a la inmunidad jurisdiccional; tema sobre el cual se pronunció el profesor Alfredo Morles Hernández en un importante estudio⁶.

Luego vino la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, con la cual se reguló ampliamente el arbitraje en normas que sin duda son también de aplicación a los órganos y entes de la Administración Pública (art. 608 ss.), a raíz de lo cual el escollo del principio de regulación expresa de la competencia quedaba superado, aceptándose la posibilidad del recurso al arbitramento en los contratos públicos⁷. El Código,

en efecto, permitió expresamente la posibilidad para las partes – incluyendo los entes públicos – de celebrar *acuerdos vinculantes* para someter las controversias a tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608–629)⁸. Posteriormente, Venezuela ratificó otras convenciones internacionales de importancia en el tema como fueron la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979⁹, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975¹⁰, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales

⁶ Véase entre otros Alfredo Morles, “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público,” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III (Caracas, 1979), 1701; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo IV, Vol. 2, (Caracas, 1984), 169

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992)

⁸ Sobre la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, véase entre otros Víctor Hugo Guerra Hernández, “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 42–44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999); J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 408

⁹ Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Caracas: Gaceta Oficial No. 33144, 15 de enero de 1985)

¹⁰ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Caracas: Gaceta Oficial No. 33170, 22 de febrero de 1985)

Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)¹¹.

La previsión del recurso al arbitramento se estableció además expresamente en diversas leyes especiales en las cuales se permitió para la solución de controversias, como fue el caso de la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), de la Ley de Empresas de Seguro (1994), de la Ley de Protección al Consumidor (1995) y de la Ley Orgánica del Trabajo (1990)¹².

Esa tendencia hacia la aceptación del arbitraje, se reforzó a partir de 1993 con la celebración de múltiples tratados bilaterales de inversión que estipularon el arbitraje internacional para la solución de controversias, y con la ratificación por Venezuela del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹³.

Para ese entonces incluso, ya estaba en aplicación específicamente en materia de inversiones extranjeras,

además, el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por decisiones N.º 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (decreto N.º 2095 del 13 de febrero de 1992), donde ya se había estipulado en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”¹⁴ Como consecuencia de todo ello, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias en materia de inversiones se convirtió en una práctica generalizada.

Fue en esos mismos años de inicios de los noventa, por otra parte, cuando se sancionó la primera regulación específica sobre el arbitraje en materia de contratación

¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Caracas: Gaceta Oficial No. 4832, 29 de diciembre de 1994)

¹² Véase entre otros Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001), 90–101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, (Caracas: Editorial Frónesis S.A., 2004), 52–77; Víctor Hugo Guerra Hernández, “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, 44–46; y la Sentencia No. 1541 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17 de octubre de 2008

¹³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial No. 35.685, 3 de abril de 1995)

¹⁴ Reglamento del Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Caracas: Gaceta Oficial No. 34930, 25 de marzo de 1992)

pública, en la Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994)¹⁵, incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable (artículo 10).

Debe mencionarse igualmente el importante Acuerdo del Congreso Nacional de 4 de julio de 1995 dictado en el marco del artículo 5 de la Ley de Nacionalización Petrolera de 1975, que permitió la participación del sector privado en la industria petrolera, en el cual se establecieron las Condiciones para la celebración de las llamadas Asociaciones Estratégicas de la “apertura petrolera”(Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la

Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas)¹⁶, previéndose expresamente la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para la solución de controversias en los referidos contratos públicos, que luego daría origen a múltiples decisiones de tribunales arbitrales CIADI.

Es importante destacar que dicha previsión sobre la cláusula arbitral fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido decidida la acción varios años después, en septiembre de 1999, declarándose sin lugar la demanda. Así, la Corte Suprema ratificó la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, aceptando la posibilidad de la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos de interés público conforme al artículo 127 de la Constitución de 1961, que estaba aún vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la

¹⁵ Ley orgánica sobre concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4719, 26 de abril de 1994)

¹⁶ Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas (Caracas: Gaceta Oficial No. 35754, 17 de julio de 1995)

Constitución de 1999)¹⁷. Esta sentencia fue, sin duda, el precedente más importante sobre el tema del arbitraje en la contratación pública, y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción prevista en la Constitución¹⁸.

En todo caso, incluso antes de haberse dictado dicha sentencia, puede decirse que el tema del arbitraje en la contratación pública ya había encontrado soporte expreso – aun cuando indirecto – en la Ley de

Arbitraje Comercial de 1998¹⁹ (la cual se basó en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL)²⁰, en la cual se incorporó una norma referida específicamente a los “acuerdos de arbitraje” en contratos públicos suscritos por los entes descentralizados de la

¹⁷ Véase entre otros Ley de Minas (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5382, 28 de septiembre de 1999); La sentencia en Allan R. Brewer-Carías, Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera, 1996–1999 (Caracas, 2004), 220–328. disponible en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41cfb849fea3/Content/1,%202022.%20%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase también la Sentencia N° 1541 del 2008 y la Sentencia N° 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). En el mismo sentido, véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8– Agosto–8 Septiembre 1999), (Caracas: Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, 1999), 220–229

¹⁸ Véase ente otros Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Vol. II, (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2006), 349–357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Vol. I, (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005), 438–439

¹⁹ Ley de Arbitraje Comercial (Caracas: Gaceta Oficial No. 36430, 7 de abril de 1998). Véase también Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 95–98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 167–186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001), 125–130

²⁰ Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (Caracas, 1998),” *loc. cit.*, 47

Administración Pública²¹. El objetivo de la norma fue exigir, para la validez del acuerdo arbitral, “la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela.”²² Se trató sin duda de una disposición fundamental, pues constituyó una declaración tácita de aceptación general del arbitraje en la contratación pública, es decir, de la admisión en forma expresa de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, lo que permitió a Luis Fraga Pittaluga afirmar en ese año de 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible.”²³

Además, la misma Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 3º estableció otras dos disposiciones fundamentales en relación con las

materias arbitrables, de particular importancia para la contratación pública, que fueron, primero, el principio de que solo pueden “someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir;” y segundo, el principio de que no pueden someterse a arbitraje “las controversias que directamente conciernan a las atribuciones o funciones de *imperio* del Estado o de personas o entes de derecho público.”

En cuanto a la primera previsión, el tema se había regulado con anterioridad en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, en el cual se dispuso que no pueden someterse al arbitraje, las “*cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges.*” Ello, por supuesto no concierne al Estado ni a los entes públicos ni a los contratos

²¹ Específicamente aquellos en los cuales “al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social.”

²² Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 169–204

²³ Véase entre otros Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo* (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1998), 177; Allan R. Brewer-Carías, “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” en *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII (Lima: Adrus Editores, 2013), 803-830; Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” en *Ley de Contrataciones Públicas*, 2º Ed. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 356–357

de interés público; pero agregó el artículo 608 que tampoco puede haber arbitraje “sobre los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción.” Si bien “vincular las materias arbitrables a lo que sea susceptible de transacción,” se ha considerado como un anacronismo, ello sin duda tiene importancia para el arbitraje en materia de derecho público, pues de nuevo toca el tema del principio de la legalidad y de la competencia²⁴.

Es decir, si una controversia no es susceptible de transacción, no puede ser sometida a arbitraje; y hay que recordar que de acuerdo con el Código Civil (art. 1713), la transacción es un contrato mediante el cual, en su parte central, hay recíprocas concesiones, por lo cual es necesario que las partes renuncien a determinadas pretensiones en forma recíproca para poder llegar al contrato. Por eso, para transigir –como lo dice el Código Civil en el artículo 1714 y la Ley de Arbitraje Comercial en el ya citado artículo 3º– se necesita tener capacidad para ello, es decir, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con

lo cual, las cosas, derechos o pretensiones que no sean disponibles y sobre las cuales no haya capacidad de disponer, no pueden ser objeto de transacción ni de arbitraje, lo que por supuesto trae una serie de límites en el campo del derecho público.

Específicamente, en el campo del derecho público ello apunta al tema de la competencia que siendo materia de orden público no puede renunciarse ni relajarse; a lo que incluso se refiere expresamente el artículo 6 del Código Civil y la propia Ley de Arbitraje Comercial; lo que implica que en materia de derecho público, la competencia de los entes públicos no puede ser objeto de transacción ni por tanto, de arbitraje. Como lo dice el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública²⁵ la competencia es siempre de ejercicio obligatorio y, por tanto, irrenunciable, indelegable, improporrogable y no puede ser relajada por convención alguna, razón por la cual no puede ser nunca una materia de transacción ni de arbitraje.

²⁴ Respecto a esto, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, analicé precisamente el tema del recurso del arbitramento en los contratos de interés público vinculado al tema de la transacción, tema sobre la cual en materia tributaria me había ocupado décadas atrás. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias” en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, (Caracas, 1967), 1-36

²⁵ Ley Orgánica de la Administración Pública (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No 6.147, 17 de noviembre de 2014)

Por ello, por ejemplo, en materia de arbitraje tributario, el mismo no puede entrañar la renuncia o la celebración de un acuerdo sobre el ejercicio de la potestad tributaria, por lo que no puede considerarse que quebrante el principio de la legalidad tributaria; lo que implica, por ejemplo, que no podría haber transacción o arbitraje sobre la competencia tributaria, de manera que un órgano público no podría en forma alguna convenir en no fiscalizar, no liquidar o no cobrar un impuesto mediante una transacción.

La otra previsión de particular interés para el arbitraje en la contratación pública establecida en la Ley de Arbitraje Comercial, y que deriva de la anterior, es la destinada a excluir expresamente del arbitraje las cuestiones relativas a la soberanía, es decir, lo que la Ley califica como cuestiones de “imperio” (Artículo 3º, letra b), lo que equivale a decir que las competencias de los entes públicos no pueden ser objeto de arbitraje.

En todo caso, la aceptación del arbitraje para la solución de controversias en contratos del Estado fue reconocida en gran número de sentencias judiciales²⁶, siendo una de ellas, la dictada el 15 de junio de 1998 por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo sin embargo las cuestiones de seguridad y defensa nacional²⁷.

De lo anterior resulta, por tanto, que en los lustros anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud de reticencia respecto de las cláusulas de arbitraje en los contratos públicos y la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado; tendencia que se consolidó jurisprudencial y

²⁶ Véanse los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 333–349; José G. Villafraña, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ–SPA de fecha 30–07–1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 4, (Caracas: Editorial Sherwood, 1998), 347–360

²⁷ Véanse las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 349–350

legislativamente, precisamente a partir de 1999, al inicio del gobierno del Presidente Hugo Chávez, con la sentencia antes mencionada de la Corte Suprema de Justicia en el caso de los contratos de la Apertura Petrolera, y con motivo de la aprobación de una serie de leyes en ejecución de una Ley habilitante de abril de ese año²⁸, que autorizó al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además para “reformular el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de

gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i).

Con base en esta delegación Legislativa, en 1999 se dictó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto Ley Nº 356 de 13 de octubre de 1999)²⁹, en la cual se establecieron diversos mecanismos de arbitraje, incluyendo el consentimiento expreso del Estado al arbitraje del Centro CIADI conforme al Artículo 25.1 de la Convención del CIADI. Al analizar por primera vez dicha Ley en 2005, consideré que con la norma del artículo 22 de dicha Ley, el Estado en realidad había expresado su consentimiento para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas mediante Ley, sujeta a la aceptación igualmente por escrito de estos³⁰, pudiendo los mismos a su elección recurrir a los tribunales

²⁸ Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público (Caracas: Gaceta Oficial No. 36.687, 26 de abril de 1999)

²⁹ Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.390, 22 de octubre de 1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjera (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6152, 18 de noviembre de 2014)

³⁰ Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, véase el “Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” publicado en fecha 18 de marzo de 1965, en el cual se indica que: “[...] un Estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito.”

nacionales³¹. Este criterio, que elaboré posteriormente, incluso en Opiniones dadas como testigo legal Experto en juicios arbitrales³², sin embargo, cuando fue considerado por algunos tribunales arbitrales del CIADI, no fue acogido³³, argumentándose en diversos casos que si bien el artículo 22 de la Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado había expresado su consentimiento, sin embargo, como era posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; consideraron que no había suficiente

evidencia sobre que hubiera sido intención del Estado el someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias, que los tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

En 1999, además de dicha Ley de Promoción y Protección de Inversiones, también se dictaron otras leyes estableciéndose expresamente el arbitraje en materia de contratación pública, como fue el caso de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos³⁴, que dispuso que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 279-288

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes,” en *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016), 129-195

³³ Ese fue el sentido de las decisiones en este punto, entre otros, en los casos CIADI No. ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI) (Texto disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256); Caso CIADI No. ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI) (Texto disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/Fron-tServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831_En&caseId=C420); y Caso CIADI No. ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de 2011 (Caso Brandes CIADI) (Texto disponible en <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF>). El texto de todas esas decisiones está publicado en Luisa Estela Morales Lamino, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 167–225, 239–282, y 347–382, respectivamente

³⁴ Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Caracas: Gaceta Oficial No. Gaceta Oficial No. 36.793, 23 de septiembre de 1999)

actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b). En esta forma, la Ley reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos³⁵.

Igualmente, en la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones³⁶, se dispuso que, en los contratos de concesiones públicas, las partes “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos, fue reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos³⁷.

Esas leyes pro arbitraje se dictaron mientras la Asamblea Nacional Constituyente discutía el texto de la

³⁵ En ese sentido véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 419, donde expuso: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”

³⁶ Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5394, 25 de octubre de 1999). Véase entre otros Diego Moya-Ocampos Pancera y Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 19, (Caracas: Editorial Sherwood, 2006), 174; Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000), 28–29

³⁷ Alfredo Romero Mendoza, en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, loc. cit., 12, 28, 29 y 155

nueva Constitución de 1999 en la cual se estableció la obligación general del Estado de promover el arbitraje para la solución de controversias (art. 258), incorporándose así el arbitraje en la Constitución como un componente más del sistema judicial (Artículo 253); agregándose además, la previsión de que mediante ley debía promoverse “el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos”³⁸; todo lo cual podía considerarse como la consagración del arbitraje, como un derecho fundamental³⁹, en la misma línea cómo se había regulado en la Constitución de 1830.

Es decir, fue el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos

los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, todo lo cual confirmó que ya en 1999 había cesado la cultura de hostilidad hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje⁴⁰.

La tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes

³⁸ Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 25, 27–28, donde se refiere al reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias en la Constitución de 1999, y a la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García)

³⁹ Sobre el arbitraje como derecho fundamental, véase entre otros Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos; J. Eloy Anzola, “El faigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 409–410

⁴⁰ El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. En ese sentido, véase por ejemplo el Tratado Bilateral de Inversión Venezuela–Francia aprobado mediante Ley Aprobatoria del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.896, 11 de marzo de 2004)

que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos; entre las cuales se destacó el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, en el cual se incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado⁴¹.

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector muy importante y nacionalizado como era el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁴² en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por la entonces recién electa Asamblea Nacional en

noviembre de 2000⁴³, estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual “las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje”, debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados⁴⁴.

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirmaron entonces, como lo dijo Juan Carlos Balzán, que en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la

⁴¹ Código Orgánico Tributario, (Caracas: Gaceta Oficial N° 37.305, 17 de octubre de 2001), Arts. 312–326

⁴² Ley Orgánica de Hidrocarburos (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.323, 13 de noviembre de 2001).

⁴³ Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.076, 13 de noviembre de 2000)

⁴⁴ Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por la Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.553, 12 de noviembre de 2001) y por la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.568, 31 de diciembre de 2001)

admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración Pública⁴⁵. Por ello igualmente, el profesor Alfredo Morles en 2005 constataba que podía hablarse de una superación de la tradicional hostilidad respecto del arbitraje, expresando que más bien lo que en ese momento había era una actitud favorable hacia el mismo, que ya era objeto de “aceptación prácticamente universal”⁴⁶.

Ello fue además confirmado por la Sala Constitucional en la conocida y

ambivalente sentencia N° 1.541 de 17 de octubre de 2008⁴⁷, emitida en respuesta de un recurso de interpretación intentado por el Procurador General de la República, supuestamente del Artículo 258 de la Constitución, el cual, en realidad, por su claridad, no requería de interpretación alguna. El recurso, en realidad, lo que buscaba era que la Sala Constitucional interpretara el artículo 22 de la Ley de Inversiones⁴⁸. Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, ello derivaba del

⁴⁵ Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 299.

⁴⁶ Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Vol. III, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979), 1717; Alfredo Morles Hernández, “Presentación,” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 12–13

⁴⁷ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>; y en la Gaceta Oficial N° 39.055, 10 de noviembre de 2008. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 53–121. Sobre la sentencia véanse los comentarios de Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” No. 147 (Caracas, 2009), 347–368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 147, (Caracas 2009), 148–161; Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, (JurisNet LLC, 2009), 92–109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, (Caracas, 2010), 180–193; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, 92–109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *loc. cit.*, 180–193

⁴⁸ Como lo precisó la entonces presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: “dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la república y los inversionistas extranjeros.” Véase Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 8

hecho de que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, “no ocultaron la verdadera intención del recurso” que era obtener “la interpretación de la norma legal en lugar de la constitucional”⁴⁹, buscando que se declarara “que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no preveía dicho consentimiento”, que era “a lo que apunta la sentencia”⁵⁰. El resultado fue que la Sala efectivamente dijo lo que el Poder Ejecutivo le pidió⁵¹, teniendo en cuenta para ello, por supuesto, el cúmulo de casos que se habían decidido contra Venezuela en el CIADI para ser resueltos mediante arbitraje con base en el consentimiento expreso dado por el Estado en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. A pesar de la desviación de la sentencia, sin embargo, debe reconocerse que la misma, en una especie de “compensación,” en su parte motiva definitivamente reforzó

la aceptación general del arbitraje como medio alternativo de administración de justicia en el país.

En todo caso, las críticas a la sentencia por la abusiva interpretación dada sobre el artículo 22 de la Ley de Inversiones no cesaron, habiendo la propia Sala Constitucional, de oficio, emitido una “respuesta” a esas críticas⁵², publicando en una forma inusual un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”)⁵³, en el cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia N° 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo exigiese. Se trató, por tanto, de una especie de aclaratoria de oficio de “sentencia por medio de Boletín de Prensa”⁵⁴, en la cual el Tribunal

⁴⁹ J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” en *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 4, (Caracas, 2009), 64

⁵⁰ *Ibidem*, 73–74

⁵¹ Véanse los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” en *Tratado de Derecho Arbitral*, Vol. II, (Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 858–859

⁵² Véase la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García en relación con la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009: “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” (Caracas: La Razón, 2009) disponible en: <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

⁵³ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/-notasdeprensa.asp?codigo=6941>

⁵⁴ Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!,” disponible en <http://www.apo-rea.org/actualidad/a80479.html>. Véase también Allan R. Brewer-Carías,

Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22 de la Ley de Inversiones al “declarar” que:

Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía.

Esta nota de prensa lo que confirmó fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional había sido producto de la influencia política ejercida por el Ejecutivo sobre el Poder Judicial para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional por lo demás, actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República⁵⁵, ya que la Sala Político-Administrativa era la que tenía la

competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas. Sin embargo, como se dijo, la Sala procedió a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

En todo caso, el propósito inmediato de tratar de evadir la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales fue tan claro, que después de las varias decisiones dictadas contra Venezuela, y en virtud de la existencia de otros casos pendientes de ser resueltos ante el CIADI y entre otros tribunales arbitrales internacionales (como los de la Cámara de Comercio Internacional), el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció la Convención CIADI, retirándose el Estado de la misma en forma irrevocable. Dicho retiro, de acuerdo con el artículo 71 de la Convención, comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la

“Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa,’” en *Revista de Derecho Público*, No. 118, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2009), 319-330

⁵⁵ Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes,” en *Revista de Derecho Público*, N.º 123, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010), 187-196

recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI⁵⁶ se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993–1994)⁵⁷.

Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez – del cual me honro en haber formado parte - fue uno muy importante que se configuró por designación del Congreso, con el apoyo de todos los partidos políticos, luego de que en junio de 1993 resolviera remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, a los efectos de completar su período constitucional. Dicho gobierno de transición tuvo la

importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se llevaron a cabo en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos⁵⁸, al igual que en materia de promoción y protección de inversiones, como fue la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de

⁵⁶ Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noti-cierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-vene-zuela-del-ciadi/>

⁵⁷ En dicho gobierno, el autor de este Prólogo participó como Ministro para la Descentralización

⁵⁸ Ramón J. Velásquez. *Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes–Táchira (Caracas, 2003)

1999⁵⁹ supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabras las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenció la más completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado⁶⁰, siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos de interés público, excepto cuando por la naturaleza del objeto de los mismos ello fuere improcedente.

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI”⁶¹ ignorando la importancia de la Convención para atraer inversionistas internacionales, se completó dos años después con la derogación de la propia Ley de

Promoción y Protección de Inversiones 1999, al sancionarse la Ley de Inversiones Extranjeras de 2014⁶² en la cual se eliminó el antes mencionado artículo 22.

A partir de esos eventos puede decirse que al país volvió la tendencia a estigmatizar el arbitraje en el derecho público, pasándose a prohibirlo tácitamente en la práctica o a encubrirlo en muchos contratos públicos, hasta que sorpresivamente reapareció de nuevo como política general en 2020 promovida por el Estado en una llamada “Ley Constitucional” (figura por demás inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual el único órgano con competencia para sancionar leyes es la Asamblea Nacional)⁶³, denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de*

⁵⁹ Enmienda No. 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908, 19 de febrero de 2009). Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011); y en *Constitutional Law*. Venezuela, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012

⁶⁰ Tatiana B. de Mackelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1982), 213

⁶¹ James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” en *El Universal*, (Caracas, 2012), disponible en <http://www.eluniver-sal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

⁶² Dictada por Decreto Ley No. 1.438 (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.152, 18 de noviembre de 2014)

⁶³ Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana International, 2018)

*los derechos humanos*⁶⁴, dictada por la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.

Mediante este instrumento, con el objeto de obtener “recursos adicionales” (art. 18), el gobierno supuestamente definió la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, el cual conforme a las previsiones de la llamada Ley podría ser “desaplicado” sin límites por el Ejecutivo Nacional⁶⁵.

Entre las políticas que se definen en la Ley está la de *protección de la inversión extranjera*, disponiéndose en su artículo 34 que en los contratos públicos que celebre el Estado para ello se pueden suscribir “cláusulas” de “resolución de controversias,” entre las cuales está, sin duda, la figura del arbitraje, y particularmente, del arbitraje internacional, incluso sin necesidad de que se tengan que agotar los recursos internos para poder acudir al arbitraje, como se había propuesto en el “Proyecto” de Ley que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente⁶⁶.

De todo lo antes expuesto, podemos concluir afirmando que aun en medio del vaivén que históricamente se puede apreciar en relación con el

⁶⁴ Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.583, 12 de octubre de 2020. Véase también los comentarios críticos sobre la Ley en Alejandro González Valenzuela, “Ley Antibloqueo: Hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho,” *Bloque Constitucional* (Caracas, 2020), disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/>; José Guerra, en “Ley Antibloqueo es un golpe de Estado,” reseña de Enrique Meléndez, en *La Razón*, (Caracas, 2020), disponible en: <https://www.larazon.net/2020/10/jose-guerra-ley-antibloqueo-es-un-golpe-de-estado/>; y en *Acceso a la Justicia ONG*, “Ley Antibloqueo de la Irrita Constituyente en seis preguntas, en *Acceso a la Justicia*, (2020), disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/ley-antibloqueo-de-la-irrita-constituyente-en-seis-preguntas/>

⁶⁵ Allan R. Brewer-Carías, “El último golpe al Estado de derecho: una “ley constitucional” “antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la “inaplicación” discrecional de leyes por parte del Ejecutivo Nacional,” (New York, 2020), disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-brewer.-ultimo-golpe-al-estado-de-derecho.-ley-antibloqueo.-18oct-2020.pdf>

⁶⁶ Allan R. Brewer-Carías, “Proyecto de ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” (New York, 2020), disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/>

arbitraje en el derecho público, lo cierto es que, sin duda, el mismo ha probado ser un efectivo mecanismo alternativo de resolución de conflictos que tiene que seguir abriéndose camino, incluso en sectores que otrora estaban vedados, como es el caso no solo de la contratación pública sino por ejemplo de los conflictos relacionados con la aplicación de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones), tanto a nivel interno como internacional, aun cuando esto último aún no se haya consolidado⁶⁷.

⁶⁷ Como lo expresó Luis Fraga Pittaluga, “desde hace mucho tiempo existe una decidida tendencia hacia la aceptación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario,” siendo también cierto “que incluso, con las disposiciones del Código Orgánico Tributario, el mismo no ha logrado consolidarse como debía haber ocurrido. Al respecto, véase Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje Tributario interne e internacional*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2020)