

Consideraciones generales sobre el arbitraje comercial internacional en la industria petrolera en Venezuela

Simón Herrera Celis*

José Alberto Ramírez León**

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 141-162

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen legal aplicable a las actividades primarias de la industria petrolera en Venezuela regulado en la Constitución nacional, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y Ley Orgánica de Administración Pública; así como la concatenación de esos principios con aquellos contenidos en la ley especial, la jurisprudencia, los usos, costumbres mercantiles y el *Soft Law* en materia de arbitraje. Así mismo, se justificará el uso del arbitraje comercial internacional como el medio idóneo para la resolución de los conflictos que se presentan en esta industria.

Palabras claves: Industria petrolera, Arbitraje Comercial, Inversiones Extranjeras, Venezuela.

General considerations on international commercial arbitration in the Venezuelan oil industry

Abstract: *The purpose of this paper is to analyze the legal regime applicable to the upstream activities developed in the Venezuelan oil industry, regulated in the Venezuelan Constitution, the Hydrocarbons Organic Law and the Public Administration Organic Law; as well as its connection with the special law, the jurisprudence, commercial uses, commercial customs, and the Soft Law, applicable to arbitration. Likewise, the use of international commercial arbitration as the preferred method of dispute resolution in this industry will be justified.*

Keywords: *Oil Industry, Commercial Arbitration, Foreign Investments, Venezuela.*

Recibido: 16/05/2022

Aprobado: 17/06/2022

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Caracas. Especialización en Derecho Administrativo en la misma casa de estudios. Diplomado en Derecho de Hidrocarburos y Minería en la Universidad Monteávila en Caracas. Maestría en Leyes en American University en Washington, D.C. Admitido para ejercer leyes en Venezuela y Nueva York. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultor en LEGA Abogados.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Caracas. Maestría en Leyes en la Universidad de Missouri, en Columbia, Missouri. Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Profesor de postgrado en métodos alternos de resolución de conflictos (UCAB). Miembro de las listas de árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Socio de LEGA Abogados.

Consideraciones generales sobre el arbitraje comercial internacional en la industria petrolera en Venezuela

Simón Herrera Celis*

José Alberto Ramírez León**

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 141-162

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Conceptos básicos sobre las empresas estatales petroleras en Venezuela. 2. La consagración constitucional y legal del arbitraje en Venezuela. 3. Las empresas petroleras a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial. 4. Dos importantes decisiones judiciales dictadas en el contexto del concepto de la inmunidad de jurisdicción. 5. La ley aplicable, los usos y costumbres mercantiles, la lex mercatoria y la lex petrolea (Soft Law). 6. El significado de la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva en materia de arbitraje.*
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una institución jurídica de vieja data que permite en forma eficaz y en plazos breves resolver controversias dentro de los parámetros y restricciones contemplados en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.¹ Su flexibilidad le es característica y le diferencia de la rigidez que identifica al sistema judicial estatal. De tal forma que la elección del arbitraje como método de resolución de controversias es una decisión de las partes que excluye a la jurisdicción estatal del caso en concreto.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Caracas. Especialización en Derecho Administrativo en la misma casa de estudios. Diplomado en Derecho de Hidrocarburos y Minería en la Universidad Montevéila en Caracas. Maestría en Leyes en American University en Washington, D.C. Admitido para ejercer leyes en Venezuela y Nueva York. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultor en LEGA Abogados.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Caracas. Maestría en Leyes en la Universidad de Missouri, en Columbia, Missouri. Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Profesor de postgrado en métodos alternos de resolución de conflictos (UCAB). Miembro de las listas de árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Socio de LEGA Abogados.

¹ José Luis Bonnemaïson, *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006), 15.

En este sentido, se sostiene que el arbitraje es una institución que acerca a las empresas multinacionales a los países receptores de inversión, al proponer una alternativa más aceptable a la de someterse al monopolio estatal en la administración de justicia.²

El debate sobre la idoneidad del arbitraje no es en absoluto novedoso, pero ello no le resta relevancia e interés, siendo que sin duda esta institución coadyuva a crear un clima de confianza a favor de las inversiones, más en un país petrolero como Venezuela, ávido de nuevas inversiones privadas. Además, muchas veces es una exigencia de la banca internacional para proveer financiamiento en grandes proyectos, a la par que causa resistencias en algunas instancias políticas y nacionalistas.

En el arbitraje internacional se suele utilizar un foro neutral distinto al de las partes contratantes, y gracias a la aplicación de diversos instrumentos internacionales, los laudos arbitrales pueden ser reconocidos y ejecutados con relativa facilidad en cualquiera de los países signatarios de los tratados vigentes. El reconocimiento y la ejecución de los laudos están regulados en las Convenciones de Panamá,³ Montevideo⁴ y Nueva York,⁵ las cuales son leyes vigentes en Venezuela.

Para entender el concepto de arbitraje internacional debe atenderse primeramente a la aplicación efectiva de los tratados internacionales sobre ejecución de laudos dictados por tribunales internacionales, además de la nacionalidad de las partes y el lugar en el que se lleva adelante el arbitraje, si el mismo difiere de la ley sustantiva aplicable al fondo de la controversia.⁶ En cualquier caso, debemos destacar que la Ley de Arbitraje Comercial promulgada en Venezuela en 1998⁷ no distingue entre arbitraje local e internacional, aunque es nuestra opinión que dicha legislación es aplicable a ambas figuras.

En esta introducción es oportuno mencionar que existe una diferencia conceptual y de fondo entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Este ensayo se enfocará en el primero de estos dos tipos, no sin recordar que el arbitraje de inversiones que dirime las disputas entre los inversionistas y los Estados es una institución de suma importancia, y en la cual la República Bolivariana de Venezuela ha adquirido lamentablemente un indeseable protagonismo debido a la multitud de

² Félix Roland Matthies, *Arbitrariedad y Arbitraje* (Caracas: Oscar Todtmann Editores, 1996), 152-155.

³ Venezuela. *Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, publicada en la Gaceta Oficial No. 33.170 del 22 de febrero de 1985.

⁴ Venezuela. *Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros*, publicada en la Gaceta Oficial No. 33.144 del 15 de enero de 1985.

⁵ Venezuela. *Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.832 del 29 de diciembre de 1994.

⁶ Hernando Díaz-Candía, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje* (Caracas: Legis, 2013), 22-23.

⁷ Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998.

demandas y reclamaciones que ha tenido que enfrentar desde hace poco más de una década,⁸ agravado por el hecho de la denuncia realizada por el gobierno venezolano del Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) materializada en enero de 2012.⁹

Afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha sido casi siempre un factor que ha contribuido al desarrollo del arbitraje comercial en el país, a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y de la Constitución de 1999, como se evidencia de la sentencia dictada el 19 de junio de 2001 por su Sala Político Administrativa en el caso: Hoteles Doral,¹⁰ y la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2010 por su Sala Constitucional en el caso: Astivenca,¹¹ entre otras decisiones.

Debemos agregar que las decisiones en materia de arbitraje se pueden traducir en consecuencias bastante negativas desde el punto de vista financiero y reputacional, si Venezuela sufre severas condenas y deba pagar millonarias sumas a los inversionistas, como ya se ha visto en algunos casos, muchos de los cuales están vinculados a la actividad petrolera. En cualquier caso, la intención del presente ensayo es contribuir con la discusión académica aportando nuestras ideas sobre algunos aspectos que consideramos de importancia y relevancia.

1. Conceptos básicos sobre las empresas estatales petroleras en Venezuela

Los contratos de la industria petrolera en cualquier país son múltiples y variados en virtud de la complejidad y especialidad de sus actividades. En esta oportunidad nos queremos concentrar en el arbitraje en los contratos de la industria petrolera venezolana en las actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos (actividades aguas arriba), las cuales únicamente pueden ser realizadas por el Estado venezolano, por empresas completamente propiedad del Estado o por empresas mixtas, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos en vigencia desde 2002.¹²

⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes, “Cases: Pending Cases”, <https://icsid.worldbank.org/cases/pending>

⁹ Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 115-120.

¹⁰ José Gregorio Torrealba, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramento y Arbitraje de Inversiones 2000-2014* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016), 19-20.

¹¹ Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>

¹² Venezuela. *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.443 del 24 de mayo de 2006.

Las empresas del Estado en la industria petrolera venezolana están dirigidas por Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), sociedad mercantil de capital estatal en su totalidad, la cual fue creada por Decreto Presidencial en 1975¹³ con motivo del proceso de nacionalización petrolera y con el propósito inicial de planificar, coordinar y supervisar todas las operaciones petroleras y gasíferas en el país. PDVSA es así, un *holding* industrial de carácter público, con intereses, acciones y participaciones en el negocio petrolero nacional y mundial, que lleva adelante sus actividades a través de diversas asociaciones y empresas filiales, mixtas y subsidiarias.

Las empresas del Estado y las empresas mixtas responden a un régimen jurídico especial, no obstante ser sociedades mercantiles, ya que normas de derecho privado y de derecho público rigen su creación y funcionamiento. De ello no escapa la materia del arbitraje como método de resolución de las disputas que estas empresas enfrentan. Cabe acotar que las empresas mixtas creadas para el ejercicio de actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos (conocidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos como actividades primarias) son consideradas empresas del Estado, ya que un ente público descentralizado funcionalmente, como lo es la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A.,¹⁴ debe tener una participación mayor al cincuenta por ciento en su capital social, a tenor de lo previsto en el artículo 103 de la Ley Orgánica de Administración Pública.¹⁵

Las empresas mixtas petroleras aguas arriba (*upstream*) responden al criterio de control del Estado contemplado en los artículos 22, 33 y 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, conforme al cual el Estado sólo permite la participación privada minoritaria en estas empresas, ya que en ellas el Estado debe tener la mayoría accionaria en más de un cincuenta por ciento en el capital social. Los contratos de creación y funcionamiento que suscribe PDVSA y empresas filiales con inversionistas privados para la realización de actividades primarias y que dan origen a las empresas mixtas, requieren la autorización de la Asamblea Nacional mediante un Acuerdo, por lo que deben ser considerados contratos de interés público nacional,¹⁶ ¹⁷ de conformidad con el artículo 150 de la Constitución, en concordancia con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

¹³ Venezuela. *Decreto Presidencial No. 1123 mediante el cual se crea Petróleos de Venezuela, S.A.*, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1.770 del 30 de agosto de 1975.

¹⁴ Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. es la entidad usualmente seleccionada por su casa matriz, Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) para llevar adelante negocios con empresas privadas a través de las llamadas empresas mixtas de hidrocarburos.

¹⁵ Venezuela. *Ley Orgánica de la Administración Pública*, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

¹⁶ Isabel Boscán de Ruesta, *La Actividad Petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos* (Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2002), 169.

¹⁷ 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), 171-177.

El contrato de creación y funcionamiento de la empresa mixta entre la empresa estatal venezolana y la empresa privada responde así al concepto de *joint venture* incorporado. Se trata de un contrato mediante el cual dos empresas constituyen una sociedad de propósito único, para realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos líquidos en un área geográfica determinada y en el plazo fijado. En el contrato de *joint venture* de empresa mixta se exige que las partes constituyan una sociedad mercantil en Venezuela y que aporten capital, financiamiento, recursos humanos y tecnología para la realización del objeto social, según las previsiones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, las autorizaciones gubernamentales requeridas y los términos del contrato.

2. La consagración constitucional y legal del arbitraje en Venezuela

La importancia del arbitraje fue reconocida por la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de hace dos décadas, otorgándole rango constitucional. Así, la Constitución de 1999, enmendada en 2009,¹⁸ establece en su artículo 253 que el sistema de justicia está conformado no sólo por los tribunales de la República, sino también por los medios alternativos de justicia y los ciudadanos que participan en la administración de justicia. La Carta Magna además consagra en su artículo 258 que los medios alternativos de solución de conflictos - a saber, el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos - deben ser promovidos por la Ley. A través de estos mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra igualmente el fin del Derecho, como lo es la paz social y la justicia. En efecto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 26 de la Carta Magna es consustancial con el derecho de acceder a estos medios alternativos de resolución de conflictos. Tal como lo sostuvo la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal en su decisión del 18 de octubre de 2018, en el caso: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), el arbitraje se erige así en una jurisdicción alternativa, mientras que la denominada jurisdicción ordinaria es la manifestación propia del sometimiento de las partes a la vía judicial.¹⁹

El arbitraje en Venezuela está regulado fundamentalmente en la Ley de Arbitraje Comercial, así como en las leyes ratificadoras de los tratados mencionadas arriba, sin dejar de advertir que existen otras leyes especiales que lo regulan. El arbitraje comercial se circunscribe a las materias en las cuales las partes tengan la capacidad de transigir y con las limitaciones que impone el concepto de orden público. La referida

¹⁸ Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908 del 19 de febrero de 2009.

¹⁹ Sentencia disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

legislación arbitral venezolana de 1998 excluye del arbitraje comercial a las controversias directamente relacionadas con las atribuciones o funciones de imperio o de personas de Derecho Público. Sin embargo, lo que debe destacarse en este análisis no es el carácter inderogable de las potestades públicas propias de los órganos y entes de la Administración Pública, no susceptibles de ser sometidas a arbitraje comercial, sino la decisión autónoma de las partes en cada controversia de someterse a una jurisdicción alternativa.

No obstante lo anterior, estas excepciones en la Ley deben ser interpretadas de manera restringida, pues de otra manera no se aceptaría el arbitraje relacionado con la intensa actividad comercial de la Administración Pública venezolana y sus instrumentalidades (tales como sociedades mercantiles, institutos autónomos e instituciones financieras), en atención igualmente a los principios constitucionales de promoción del arbitraje ya comentados.

De acuerdo a la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1985, el arbitraje de naturaleza comercial comprende las operaciones comerciales de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para el cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes con opción a compra (*leasing*), construcción de obras, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiamiento, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, así como el transporte de mercancías y pasajeros.²⁰ Vemos que este listado se corresponde con un número importante de actividades comerciales, financieras e industriales, en las cuales las empresas e instituciones del Estado participan normalmente para la consecución de sus fines.

La Ley Orgánica de Hidrocarburos en su artículo 34 sobre empresas mixtas prevé que cuando se presenten controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades de hidrocarburos 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. En esta norma se consagra el arbitraje como mecanismo idóneo en la resolución de disputas para las empresas mixtas, no así para otras empresas petroleras del Estado sobre las cuales no existe una norma similar.

²⁰ Shirley Sánquiz Palencia, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005), 20-22.

El legislador no otorga más detalles sobre cuáles casos estaría permitido someter a arbitraje. En tal sentido, destacamos que la Ley de Arbitraje Comercial es la norma especial en la materia y debe ser aplicada con preferencia cuando la controversia involucre a una empresa del Estado.

La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos²¹ establece una norma similar a la de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en su artículo 24.6.b sobre el otorgamiento de licencias para las actividades de exploración y producción en favor de particulares y empresas mixtas, al referirse al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos. Esta Ley especial regula los proyectos y actividades aguas arriba y aguas abajo relativos al gas natural no asociado al petróleo.

En lo que concierne a las empresas mixtas petroleras originadas de los extintos convenios operativos, la Asamblea Nacional de Venezuela a través de un Acuerdo dictó sus términos y condiciones de creación y funcionamiento en 2006, modificados en 2009. Estos convenios operativos tuvieron su fundamento en la derogada Ley de Nacionalización Petrolera de 1975 que permitió en determinados casos las inversiones extranjeras en el sector petrolero hasta que en 2006 se dictó una legislación especial que los dio por terminados anticipadamente.²² Ahora bien, dichos términos y condiciones sobre las empresas mixtas dictados por la Asamblea Nacional establecen que cualquier disputa o controversia que no pueda ser resuelta amigablemente por las partes, será sometida a la decisión de los tribunales de la República. Antes de iniciarse cualquier litigio, las partes están en la obligación de buscar la posibilidad de utilizar mecanismos para resolver amigablemente las controversias de cualquier naturaleza que pudieren suscitarse, incluyendo la solicitud de opiniones en materias técnicas a expertos independientes designados de mutuo acuerdo.²³ Con este lenguaje queda abierta la posibilidad a un acuerdo de arbitraje o cláusula arbitral, sin embargo, este acuerdo de arbitraje es sólo una posibilidad a futuro, ya que la regla es el sometimiento de las disputas a la jurisdicción ordinaria si ese acuerdo de arbitraje u otro mecanismo alternativo no ha sido convenido entre las partes.

²¹ Venezuela. *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

²² Venezuela. *Ley de Regulación de la Participación Privada en el Ejercicio de las Actividades Primarias Previstas en el Decreto No. 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos*, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.419 de fecha 18 de abril de 2006.

²³ Venezuela. *Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual se aprueba la modificación del Acuerdo Primero de los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas contenida en el Modelo de Contrato para las Empresas Mixtas entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., y las Entidades Privadas*, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.273 del 28 de septiembre de 2009.

En otro ejemplo, el Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó la constitución y funcionamiento de una empresa mixta entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y Eni Lasmo Plc en el año 2010, establece que las diferencias y controversias que se deriven del incumplimiento de las condiciones, pautas y actuaciones serán dilucidadas de conformidad con la legislación venezolana y ante sus órganos jurisdiccionales.²⁴ Observamos que la cláusula de jurisdicción contemplada en este acuerdo autorizador para el contrato de constitución y funcionamiento de empresa mixta se replica de manera casi uniforme en el resto de los acuerdos autorizatorios de contratos de empresa mixta que hemos tenido oportunidad de revisar.

Aparte de los contratos de constitución y funcionamiento de empresas mixtas que son de carácter público, debemos destacar que los acuerdos o cláusulas de arbitraje han sido incorporados en diversos contratos comerciales, transacciones, convenios de servicios, contratos de obra, y contratos de financiamiento suscritos por PDVSA, empresas filiales y empresas mixtas con empresas del sector privado. Estos contratos obedecen normalmente a criterios de privacidad y confidencialidad propios de la industria petrolera, por lo cual no nos es posible reseñarlos en este artículo. Sin embargo, no es extraño encontrar en ellos cláusulas o acuerdos de arbitraje para la resolución de las controversias en atención a su naturaleza eminentemente mercantil.

3. Las empresas petroleras a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial

La Ley de Arbitraje Comercial establece un mecanismo de autorizaciones de carácter dual en lo que concierne a las personas de derecho público, dentro de las cuales debemos incluir a las empresas petroleras de capital público. Según su artículo 4 cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una 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, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. Por tratarse de un asunto de Derecho Administrativo que escapa del objeto del presente trabajo, no entraremos a considerar los rasgos y características de ese control de tutela y si las sociedades mercantiles estatales están realmente sometidas al mismo.

²⁴ Venezuela. *Contrato (sic) de la Asamblea Nacional mediante el cual se aprueba la constitución de una Empresa Mixta entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y la empresa Eni Lasmo PLC, o sus respectivas afiliadas, con una participación inicial que en él se señala*, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.530 del 14 de octubre de 2010.

No obstante lo previsto en la Ley de Arbitraje Comercial, debemos señalar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas establece en su artículo 133 que todas las dudas, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse y que no llegaren a ser resueltas por las partes de común acuerdo, serán decididas por los tribunales competentes de la República Bolivariana de Venezuela de conformidad con sus Leyes.²⁵ Ahora bien, esta norma reglamentaria se encuentra en contradicción con los postulados que informan la materia del arbitraje en Venezuela. Primeramente, la norma desconoce el reconocimiento constitucional dado a los medios alternativos para la resolución de conflictos. Luego, la Ley de Arbitraje Comercial es una normativa de mayor jerarquía que el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas y como ya referimos regula la materia del arbitraje para el caso de las empresas del Estado. Es por las anteriores consideraciones que el citado artículo 133 debería ser desestimado por cualquier tribunal arbitral o tribunal ordinario que conociera de un caso en el que se cuestione la jurisdicción del tribunal arbitral. Reiteramos entonces que el referido artículo 4 de la citada Ley habilita a las sociedades mercantiles calificadas como empresas del Estado en virtud de su composición accionaria, a incluir en los contratos que celebren con terceros una cláusula de naturaleza arbitral.

Para entender cómo la norma consagrada en el mencionado artículo 4 opera en las empresas petroleras de capital público en Venezuela destacamos que Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) es una sociedad mercantil donde la República Bolivariana de Venezuela ostenta el cien por ciento (100%) de su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de primer grado. Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP) es una sociedad mercantil donde PDVSA ostenta el cien por ciento en su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de segundo grado.²⁶ Finalmente, una empresa mixta petrolera aguas arriba, es una sociedad mercantil donde CVP (u otra filial de PDVSA) ostenta una participación superior al cincuenta por ciento en su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de tercer grado.

En nuestro concepto, la norma en cuestión alude a aquellos casos en los cuales puede acudir a arbitraje una empresa del Estado de primero o segundo grado, en cuanto a su nivel de descentralización de la Administración Pública. Para esto, el artículo 4 *ejusdem* establece dos condiciones concurrentes: (i) la aprobación del órgano estatutario competente, sin advertir si se trata de la asamblea de accionistas, la junta directiva o algún otro órgano; y (ii) la autorización del Ministro de tutela (que en la actualidad es el Ministro del Poder Popular de Petróleo). Las empresas mixtas como empresas del Estado

²⁵ Venezuela. *Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*, publicado en la Gaceta Oficial No 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

²⁶ Badell & Grau, *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Torino, 1998), 22.

de tercer grado no estarían sometidas a los requisitos contemplados en la mencionada normativa, pues insistimos que sólo regula a las empresas del Estado de primero y segundo grado. Por este motivo, las cláusulas y acuerdos arbitrales contemplados en los contratos de índole comercial y financiero, así como en los contratos de servicios que fueren suscritos por las empresas mixtas no requerirían la aprobación previa del órgano estatutario competente, ni tampoco la autorización del Ministro de tutela.

Aunque no sería una exigencia de orden legal, habría que revisar los estatutos sociales de cada empresa mixta para verificar los requisitos estatutarios para suscribir cláusulas y acuerdos de arbitraje, cuestión que no hemos encontrado en los estatutos sociales de las empresas mixtas que hemos tenido oportunidad de revisar. Sin embargo, en la práctica hemos observado que el Ministro a cargo del sector petrolero efectivamente autoriza a las empresas mixtas a suscribir las cláusulas o acuerdos de arbitraje, a la par que las empresas mixtas autorizan tanto en resolución de junta directiva como de asamblea de accionistas tales cláusulas o acuerdos de arbitraje. Algunos inversionistas consideran que este régimen de autorizaciones, aunque no es obligatorio, les concede mayor seguridad.

Dejando de lado a las empresas mixtas, no existe ninguna discusión en cuanto a que Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), PDVSA Petróleo, S.A., y Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP), así como cualesquiera otras empresas petroleras de primero o segundo grado donde la República o una empresa del Estado tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento en el capital social, deben obtener las autorizaciones previstas en la Ley de Arbitraje Comercial para suscribir acuerdos o cláusulas arbitrales.

En la contratación de servicios petroleros especializados requeridos por las empresas mixtas, necesarios para asistir en el ejercicio de sus actividades a tenor del artículo 25 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, tales como, servicios de sísmica, perforación o mantenimiento, dichas empresas tienen el derecho de incluir una cláusula o acuerdo de arbitraje, sin que fuere necesario, conforme a la Ley, acudir al Ministerio del Poder Popular de Petróleo para solicitar su autorización o bien de su órgano estatutario. De la misma manera debe procederse en los contratos de ingeniería, procura y construcción, contratos de asistencia técnica y servicios tecnológicos, contratos de compra venta de hidrocarburos, contratos de préstamo, contratos de garantías, y el sinnúmero de contratos necesarios para llevar adelante un proyecto petrolero en una empresa mixta.

Por su parte, la Ley de Derecho Internacional Privado²⁷ prevé en su artículo 47 que la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, no podrá ser derogada

²⁷ Venezuela. *Ley de Derecho Internacional Privado*, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.511 del 6 de agosto de 1998.

convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio venezolano, o bien se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Esta importante norma impone limitaciones adicionales al arbitraje internacional, distintas a las contempladas en la Ley de Arbitraje Comercial, en lo que atañe a los bienes inmuebles ubicados en el territorio nacional y debe ser evaluada con sumo cuidado.

4. Dos importantes decisiones judiciales dictadas en el contexto del concepto de la inmunidad de jurisdicción

La inmunidad de jurisdicción es un concepto que ha sido objeto de amplias discusiones en Venezuela y en el resto del mundo. Incluso ha motivado que se dicten leyes especiales en los Estados Unidos²⁸, España²⁹ y Reino Unido.³⁰ También existe la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades de los Estados, la cual desafortunadamente no ha sido ratificada por Venezuela.³¹

Es importante distinguir entre el derecho a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado y el derecho a que no se ejecute lo juzgado, razón por la cual se configuran como dos derechos complementarios en dos niveles distintos dentro del concepto de inmunidad de jurisdicción.³²

²⁸ Estados Unidos de América. *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, publicado en el Código de los Estados Unidos Título 28, §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), y 1602–161 (1976). Esta Ley de Inmunidades establece las limitaciones en cuanto a si una nación extranjera o sus subdivisiones políticas, agencias u organismos pueden ser demandados en las cortes estatales o federales de los Estados Unidos.

²⁹ España. *Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades de los Estados Extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» No. 258 del 28 de octubre de 2015. Esta Ley sobre Privilegios e Inmunidades regula el derecho renunciable a las inmunidades del que gozan ciertos sujetos de Derecho internacional en materia de jurisdicción.

³⁰ Reino Unido. *State Immunity Act*, publicado en 17 ILM 1123 (1978). Esta Ley de Inmunidades de los Estados regula las inmunidades de los Estados extranjeros frente a las cortes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

³¹ *United Nations Treaty Collection*, “*Privileges, Immunities, Diplomatic and Consular Relations, Etc: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*”, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en. Esta Convención de las Naciones Unidas tiene por objeto armonizar el derecho en materia de inmunidades de los Estados. Dicho instrumento consagra la doctrina restrictiva de la inmunidad (conocida igualmente como inmunidad relativa). La Convención fue aprobada sin votación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2004. A esta fecha, la Convención no ha entrado en vigor por cuanto no se han adherido las treinta partes signatarias requeridas.

³² Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 666-667.

En esta discusión existe una interesante distinción entre la inmunidad relativa y la inmunidad absoluta. Según la doctrina de la inmunidad absoluta del Estado, los Estados extranjeros no pueden ser demandados ni sometidos a la jurisdicción de los tribunales de un determinado país, incluso en los asuntos civiles o mercantiles, por razones de soberanía e interés público. Esta tesis por supuesto no favorece al flujo de inversiones puesto que se le restan incentivos a las empresas para realizar proyectos en países foráneos. Por otra parte, la doctrina de la inmunidad relativa reconoce que los Estados actúan como un particular en actividades comerciales, industriales y crediticias. Esta doctrina parte de una doble premisa. Por un lado, los Estados gozan de inmunidad por los actos realizados en el ejercicio de su soberanía, llamados *acta jure imperii*. Pero a la vez, los Estados no pueden ampararse en la inmunidad de sus actos por las actividades de gestión o administración de bienes privados, llamados *acta jure gestionis*. Por supuesto que esta distinción entre actos de imperio y actos de gestión es objeto de una polémica todavía no zanjada pues no hay en realidad uniformidad en los criterios de clasificación.

A los fines de atenuar los riesgos asociados a la existencia de las inmunidades a favor de los Estados, en los contratos petroleros a veces se estipula una cláusula que puede ser en extremo detallada conforme a la cual el Estado renuncia a su inmunidad considerando la naturaleza comercial de la negociación, si tal inmunidad existiera.³³ Cabe aquí mencionar que esta cláusula de renuncia podrá ser válida y ejecutable tomando en consideración la legislación aplicable al contrato, el contenido del mismo y las partes que lo suscriban, cuestión que debe estar sujeta a un detenido análisis por parte de los abogados que asesoran en su redacción, en primera instancia, y en segunda instancia, de los árbitros designados para dirimir la eventual controversia.

En Venezuela, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia dictada en fecha 17 de agosto de 1999, en el caso: Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo y Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas,³⁴ en el marco del artículo 5 de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975 (conocida como la Ley de Nacionalización),³⁵ determinó la validez de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato de interés público nacional entre PDVSA y empresas extranjeras, en

³³ King & Spalding, *Upstream Government Petroleum Contracts, A Practitioner's Guide to Concessions, Production Sharing Contracts, and Risk Service Agreements* (Huntington, Nueva York: Juris Publishing, 2017), 348.

³⁴ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de agosto de 1999, caso "Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo y Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas", consultada en: 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, 2005. Pp. 416-418.

³⁵ Venezuela. *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1.769 del 29 de agosto de 1975. Derogada.

razón de su naturaleza comercial y su trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración Pública, concluyendo que es a esta última a quien le correspondía determinar la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación. Con esta importante sentencia de 1999, el Máximo Tribunal de la República reconoció que la Constitución de 1961,³⁶ consagraba en su artículo 127 la inmunidad relativa de jurisdicción.

La cláusula de inmunidad de jurisdicción establecida en el artículo 151 de la Constitución vigente de 1999 es equivalente al artículo 127 de la Constitución de 1961. De acuerdo a la referida legislación de nacionalización petrolera se desarrolló en Venezuela a comienzos de los años noventa y hasta principios de siglo, el programa de apertura petrolera para la captación de grandes capitales y tecnologías foráneos y nacionales para el desarrollo de gigantescos proyectos de hidrocarburos. Dicho programa, del cual los mencionados Convenios de Asociación a Riesgo y Ganancias Compartidas formaban parte, introdujo mayormente al arbitraje internacional como medio de resolución de disputas entre las filiales de PDVSA y los inversionistas extranjeros y nacionales.

Posteriormente, en sentencia dictada el 17 de octubre de 2008, en el caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución,³⁷ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó la integración del arbitraje como parte del sistema de administración de justicia en Venezuela, permitiendo que en contratos de interés general el Estado venezolano pueda someter los eventuales conflictos a la jurisdicción arbitral para impulsar las relaciones económicas internacionales.

La Sala Constitucional, como máximo intérprete de la normativa constitucional, sostuvo que la Constitución no propugna una teoría de inmunidad absoluta, reconociendo la posibilidad que tiene el Estado de dirimir en arbitraje controversias derivadas de contratos de interés general.

Sin lugar a dudas, la Sala Constitucional limitó el criterio ultranacionalista de inmunidad soberana estricta que habían sentado previamente otras Salas del Tribunal Supremo que interpretaron el artículo 151 constitucional,³⁸ reafirmando que nuestro

³⁶ Venezuela. *Constitución de la República de Venezuela*, publicada la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3.119 del 26 de marzo de 1983. Derogada.

³⁷ Torrealba, 167-174.

³⁸ Por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso “Elettronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV)”, de fecha 4 de abril de 2006, consideró que por tratarse una de las partes del caso de un canal de televisión del Estado (VTV) que realiza una actividad en beneficio colectivo se estaba en presencia de un servicio público, y que por cuanto el contrato perseguía mejorar la prestación del servicio público de televisión, el mismo debía ser considerado un contrato de interés público en los términos expresados en el artículo 151 de la Constitución. La Sala consideró que aunque el Estado venezolano realiza actividades comerciales o industriales y para ello suscribe contratos con empresas privadas, no significa que por ello deje de estar sometido a normas

texto constitucional acoge el sistema de inmunidad relativa, el cual permite someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general.

Este enfoque pragmático se justifica en la necesidad del Estado venezolano de entrar en relaciones comerciales con actores extranjeros para desarrollar actividades esenciales para la realización de sus fines que no pueden ser satisfechas por sí mismo. Ciertamente, el Estado comprende que si desea participar como un actor más en el comercio internacional de bienes como el petróleo y los servicios asociados debe renunciar a su pretensión nacionalista de ejercer jurisdicción sobre las disputas que se generen y aceptar que el arbitraje es la opción que ha logrado a lo largo de su desarrollo histórico captar la aceptación de las empresas multinacionales que operan en una industria globalizada.

Por otra parte, el Estado ejerce el principio de soberanía cuando decide voluntariamente someter controversias relativas a contratos de interés general a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros. Al mismo tiempo, el principio de soberanía implica también un límite a la eventual ejecución de un laudo extranjero en territorio venezolano en aquellos casos en que la decisión de un tribunal arbitral extranjero contraría el sistema jurídico constitucional interno, pues en tales casos, la decisión de los árbitros sería inejecutable en el territorio de la República.

5. La ley aplicable, los usos y costumbres mercantiles, la lex mercatoria y la lex petrolea

En principio, la determinación del derecho aplicable excede la materia de la regulación del arbitraje, pues dicha determinación está más ligada a los aspectos sustantivos de las relaciones contractuales. Por ello quizás, ni el Código de Procedimiento Civil³⁹ ni la Ley de Arbitraje Comercial en Venezuela contemplan que el derecho aplicable al fondo del contrato será el que las partes hayan elegido o algún otro derecho. La solución a esta interrogante la encontramos consagrada en el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual dispone que las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes. Este texto legal adopta como factor de conexión la autonomía de la voluntad en la relación jurídica determinada. En nuestro

de Derecho Público y tenga que actuar enteramente bajo las normas de Derecho Privado, en cualquiera de sus ramas. Finalizó la Sala concluyendo que las controversias derivadas de contratos celebrados por una empresa del Estado que (i) persiguen una finalidad pública, (ii) se relacionan con la prestación de un servicio público y (iii) afectan el patrimonio del Estado Venezolano, no pueden ser sometidas a arbitraje. Sentencia disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

³⁹ Venezuela. *Código de Procedimiento Civil*, publicado en la Gaceta Oficial No. 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990.

concepto, una empresa petrolera pública venezolana pudiera elegir una ley distinta a la venezolana como legislación aplicable en los contratos de naturaleza mercantil que suscriba, incluyendo PDVSA y las llamadas empresas mixtas.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 8 recoge la posibilidad que tienen las partes de elegir entre un arbitraje de derecho y uno de equidad. En tal sentido, estamos de acuerdo con la posición doctrinaria que sostiene que dada la naturaleza jurídica pública de una de las partes en un contrato, la única categoría aceptable sería la del arbitraje de derecho, ya que los entes públicos deben someterse al principio de legalidad y la Administración Pública sólo puede ser juzgada conforme a la Ley.⁴⁰

La realidad del arbitraje de derecho en los contratos de la industria petrolera venezolana no es óbice para que los árbitros no tomen en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles, tal como están expresamente reconocidos en el mismo artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial. Las costumbres mercantiles también son aceptadas en el artículo 9 del Código de Comercio,⁴¹ y en más detalle en el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado cuando hace referencia a las normas, costumbres y principios del Derecho Comercial Internacional y a los usos y prácticas comerciales de aceptación internacional. Estos usos, prácticas y costumbres nos acercan definitivamente a la *lex mercatoria*, como concepto que se refiere a las prácticas comerciales en una determinada industria. Los laudos arbitrales emanados de instituciones reconocidas en el ámbito mundial también podrían considerarse como una fuente de la llamada *lex mercatoria*.⁴²

Por supuesto, que esta *lex mercatoria* servirá de auxilio, primero, para las partes contratantes en la ejecución del contrato, y luego, para los árbitros, para dictar su laudo, en todo lo no previsto en el contrato y en la ley sustantiva aplicable.⁴³ La *lex mercatoria* también se puede incorporar en las relaciones contractuales cuando las partes pactan en sus contratos una remisión a los usos y costumbres internacionales y a las mejores prácticas y estándares de la industria.

La *lex petrolea* es un concepto que se inspira en los mismos principios que informan a la *lex mercatoria*, por lo cual ambos conceptos tienden a confundirse. De esta forma, la *lex petrolea* se incorpora al ordenamiento jurídico a través de cláusulas contractuales que remiten de forma expresa a las prácticas y costumbres en la industria

⁴⁰ Luis Fraga Pittaluga, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo* (Caracas: Editorial Torino, 2000), 49.

⁴¹ Venezuela. *Código de Comercio*, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

⁴² Sánquiz Palencia, 92.

⁴³ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), 105-106.

petrolera, así como a la integración de estándares de diligencia y cumplimiento vinculados a la industria petrolera internacional en la ejecución de sus distintos contratos. En efecto, mediante el compromiso expreso de las partes en el contrato, las mismas acuerdan que en sus relaciones contractuales se utilicen los usos y prácticas de aceptación generalizada en la industria, por lo cual, dentro de su autonomía contractual, tales relaciones seguirán los estándares internacionales de aceptación general.⁴⁴ Ahora bien, tales estipulaciones contractuales tendrán como límite las normas de orden público aplicables, las cuales tanto las partes del contrato, primeramente, como los árbitros, eventualmente, deben respetar y acatar.

Tanto la *lex mercatoria*, como la *lex petrolea*, así como los usos y costumbres mercantiles, constituyen fuentes materiales de derecho en Venezuela y complementan su marco regulatorio positivo. Estas normas “blandas”, no estatales o *Soft Law* (por su acepción en inglés),⁴⁵ como se les conoce en el Derecho Internacional moderno, son cada día más comunes y de aplicación homogénea en industrias transnacionales como la petrolera. El llamado *Soft Law* tiene entonces la función de reunir los usos y costumbres mercantiles, la *lex mercatoria* y la *lex petrolea*, los cuales por decisión del legislador pueden llegar a formar parte del Derecho positivo.

Sus manifestaciones son diversas e incluyen por ejemplo, los modelos estandarizados de contratos de la Asociación de Negociadores Internacionales de Petróleo (AIPN por sus siglas en inglés),⁴⁶ normas que pueden ser aplicadas a las relaciones comerciales de las partes en sustitución del Derecho estatal, como por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, o cláusulas estándares que pueden incorporarse en los contratos por referencia, como por ejemplo, los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

Desde el punto de vista de normas adjetivas particularmente relacionadas con el Derecho arbitral, podemos mencionar el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje,⁴⁷ las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre

⁴⁴ Alex Wawryk, *Petroleum regulation in an international context: The universality of petroleum regulation and the concept of lex petrolea*, en: *Regulation of the Upstream Petroleum Sector, A Comparative Study of Licensing and Concession Systems* (Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2015), 20-23.

⁴⁵ Mauricio Del Toro Huerta, *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI. (México D.F., 2006), 35-39

⁴⁶ La AIPN es una asociación profesional independiente sin fines de lucro, con sede en Texas, EEUU, que apoya a los negociadores internacionales de energía de todo el mundo y mejora su eficacia y profesionalismo en la comunidad energética. Entre sus objetivos se encuentra la preparación de modelos de contratos que son ampliamente reconocidos y utilizados en la industria del petróleo y el gas natural. En el año 2022 está previsto que cambie su nombre a Asociación de Negociadores Internacionales de Energía en consonancia con los nuevos tiempos. Ejemplos de estos contratos incluyen los denominados *Joint Operating Agreement (JOA)*, *Offshore Drilling Contract*, *Seismic Acquisition and Well Services Service Contracts*, *Secondment Agreement*, *International Dispute Resolution Agreement*, entre otros.

⁴⁷ Disponible en https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/codigo_de_buenas_practicas_arbitrales_del_club_espanol_del_arbitraje.pdf

Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁴⁸ y las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.⁴⁹

6. El significado de la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva en materia de arbitraje

En 2017 la controversial Asamblea Nacional Constituyente dictó la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva,⁵⁰ en ejercicio de la función legislativa que le corresponde constitucionalmente a la Asamblea Nacional y derogando la Ley de la materia de 2014. Con todas sus deficiencias, esta Ley consagra el marco legal esencial para la promoción y protección de las inversiones extranjeras en el país conjuntamente con los tratados internacionales suscritos al efecto.

El artículo 6 de la mencionada Ley en materia de inversiones pudiera crear incertidumbres en cuanto a su significado al establecer que las inversiones extranjeras quedarán sujetas a la jurisdicción de los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes venezolanas. Esta norma en realidad no promueve de manera abierta al arbitraje pero tampoco se opone a su utilización. En este orden de ideas, consideramos que las partes tienen la posibilidad de pactar el acuerdo de arbitraje en un contrato de naturaleza comercial, industrial o incluso crediticio, en base al principio de autonomía de voluntad de las partes. Al hacer una referencia expresa a la Constitución y siendo ésta la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento interno, la cual consagra el arbitraje como método alternativo de resolución de disputas, es plausible concluir que el arbitraje sigue siendo un mecanismo aceptado para dirimir las controversias de conformidad con la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva. Adicionalmente, reiteramos que la Ley de Arbitraje Comercial es la Ley especial en la materia, cuya aplicación se extiende a los arbitrajes comerciales internacionales.

Más adelante prevé el mismo artículo 5 de la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva que la República podrá participar en medios alternativos para la resolución de controversias en el marco de los esquemas de integración con América Latina y el Caribe, así como en el marco de otros esquemas de integración. Es nuestro

⁴⁸ Disponible en https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practicadepruebas/practica_de_prueba.pdf

⁴⁹ Disponible en <file:///C:/Users/jramirez/Downloads/IBA%20Guidelines%20on%20Conflict%20of%20Interest%20Nov%202014%20SPANISH.pdf>

⁵⁰ Venezuela. *Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva*, publicada en la Gaceta Oficial No. 41.310 del 29 de diciembre de 2017.

parecer, que esta norma, que nada más aplicaría a la República como persona jurídica y no a las empresas del Estado o institutos autónomos, en nada contribuye a entender el alcance del arbitraje comercial en los contratos de la industria petrolera, y pudiere entenderse más bien que está concebida para los casos de arbitrajes de inversión.

CONCLUSIONES

La industria petrolera aguas arriba es un espacio donde participan multiplicidad de actores de diversas nacionalidades, capacidades financieras, conocimientos y experiencias, mediante contratos de la más variada índole y complejidad. Desde el contrato de seguridad física para la protección de instalaciones; el contrato de diseño, construcción e instalación de una plataforma de producción costa afuera; el contrato de constitución y funcionamiento de empresa mixtas; hasta el contrato de exploración a riesgo y ganancias o producción compartidas. Ciertamente, las posibles disputas comerciales entre una empresa de ingeniería y construcción y una empresa petrolera, por citar un caso específico, no son muy distintas en Alberta (Canadá), los Emiratos Árabes Unidos, Texas (Estados Unidos) o Monagas (Venezuela). Se trata de un negocio en el cual se buscan empresas especializadas para responder a los retos técnicos, tecnológicos y requerimientos de capital. Es en estas circunstancias donde se ha desarrollado una cultura a favor del arbitraje comercial internacional, ya que las empresas extranjeras prefieren que las potenciales controversias se diriman en tribunales arbitrales constituidos en foros neutrales, que además conozcan de las particularidades de la industria petrolera y que dicten sus decisiones en plazos breves.

Venezuela cuenta con un marco constitucional y legal que consagra y promueve el arbitraje comercial internacional, a pesar de que visiones nacionalistas y algunas decisiones a veces obstruyan de manera desafortunada su desarrollo. Como vimos, las empresas estatales son parte activa y necesaria en los negocios de hidrocarburos líquidos aguas arriba, y como empresas del sector público tienen un régimen autorizatorio que deben cumplir para suscribir acuerdos y cláusulas de arbitraje. Las condiciones particulares de las empresas mixtas en materia de arbitraje no incluyen este régimen autorizatorio, aunque en la práctica han recibido un tratamiento no diferenciado de las empresas que integran el *holding* público PDVSA. Por su parte, el concepto de inmunidad de jurisdicción es uno de carácter relativo que permite que en casos de naturaleza mercantil se utilice el arbitraje comercial internacional.

Ahora que se discute con insistencia sobre una reforma legislativa petrolera en Venezuela, que a todas luces parece necesaria, con el objetivo de atraer grandes recursos e iniciar nuevos proyectos para la industria, no debe olvidarse que los inversionistas privados prefieren contar con el arbitraje como medio de resolución de disputas en sus

contratos.⁵¹ Esta es la realidad de la industria petrolera a nivel mundial y como se menciona con insistencia en la actualidad venezolana, a los retos de hoy debe responderse con pragmatismo y con sentido de urgencia. El Estado venezolano está obligado a participar en un mercado globalizado con tendencias bien marcadas, entre las que resalta la escogencia del arbitraje.

Así también, desde el Poder Judicial se deben dar señales claras e inequívocas de respeto a la institución del arbitraje comercial internacional y a la autonomía de la voluntad de las partes. La reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de abril de 2021, en el caso: Alimentos Polar Comercial,⁵² en la cual se declaró la no procedencia del avocamiento del Poder Judicial, es una señal muy positiva para la institución del arbitraje, luego de que la misma Sala Constitucional de manera sorprendente había decidido el 20 de febrero de 2020 la suspensión del procedimiento arbitral, antes de que fuese dictado el laudo, de conformidad con una supuesta competencia que le fuere conferida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010,⁵³ reformada parcialmente en 2022.

Para finalizar recordemos que el arbitraje de ninguna manera puede considerarse una privatización de la justicia sino una jurisdicción especial de carácter alternativo. En tal sentido, constituye una institución reconocida constitucionalmente en Venezuela y de amplio uso en las industrias globales como la petrolera, cuyo objetivo es resolver controversias sobre materias disponibles que puedan ser objeto de transacción con las debidas garantías procedimentales a las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Anzola, J. Eloy. *El Fatigoso Camino que Transita el Arbitraje Comercial*. En: *Arbitraje Comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Badell & Grau. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Torino, 1998.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Bonnemaison, José Luis. *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.

⁵¹ Blackaby, 63.

⁵² Sentencia disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

⁵³ Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial No. 39.483 del 9 de agosto de 2010. Derogada.

- Boscán de Ruesta, Isabel. *La Actividad Petrolera y la Nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2002.
- Brewer Carías, Allan R. *El Arbitraje y los Contratos de Interés Nacional*. En: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.
- Del Toro Huerta, Mauricio. *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VI*. México D.F., 2006.
- Díaz-Candia, Hernando. *El correcto funcionamiento del arbitraje*. Caracas: Legis, 2013.
- Fraga Pittaluga, Luis. *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Torino, 2000.
- Henriquez La Roche, Ricardo. *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.
- King & Spalding. *Upstream Government Petroleum Contracts, A Practitioner's Guide to Concessions, Production Sharing Contracts, and Risk Service Agreements*. Huntington, Nueva York: Juris Publishing, 2017.
- Mathies, Félix Roland. *Arbitrariedad y Arbitraje*. Caracas: Oscar Todtmann Publicaciones, 1996.
- Sanchiz Palencia, Shirley. *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005.
- Tejera Pérez, Victorino J. *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- Torrealba, José Gregorio. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramento y Arbitraje de Inversiones 2000-2014*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- Wawryk, Alex. *Petroleum regulation in an international context: The university of petroleum regulation and the concept of lex petrolea*. En: *Regulation of the Petroleum Sector; A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2015.

Páginas web

- International Centre for Settlement of Investment Disputes. “Cases: Pending Cases”. <https://icsid.worldbank.org/cases/pending> (Consultado el 10-02-2022)
- Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. <https://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 10-12-21, 17-02-22 y 25-02-22)
- United Nations Treaty Collection, “Privileges, Immunities, Diplomatic and Consular Relations, Etc: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (Consultado el 28-02-22)