

ORGANISMOS Y PROCEDIMIENTOS EN EL CAMPO DE LAS DEMANDAS DE LAS EMPRESAS INVERSIONISTAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS.

DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

SUMARIO

I. Importancia del tema. II. Organismos que conocen de las demandas de los inversionistas contra los Estados. 1. CIADI. 2. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París. 3. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. 4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés). 5. Síntesis de la labor de los organismos que operan en el Arbitraje Internacional de Inversión. III. Vías sustitutivas de los Centros de Arbitraje Internacional de Inversión. 1. La reforma del CIADI. 2. La incorporación de jueces asociados en los máximos tribunales nacionales que conozcan de las demandas de los inversionistas. 3. La creación de un tribunal supranacional. Ya existen algunas experiencias en el campo del Derecho Internacional de tribunales supranacionales. IV. Críticas al Arbitraje Internacional de Inversión. tiene ningún sustento sólido. V. Anexos.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Hay una contradicción histórica en algunos de los países en vías de desarrollo que, siendo propietarios de valiosísimos yacimientos de hidrocarburos, la explotación de los mismos es realizada a través de grandes empresas transnacionales mediante concesión u otro medio facultativo de tal actuación.

Más temprano o más tarde los países quieren realizar por sí mismos la actividad productiva (desde la exploración-extracción; hasta la explotación y la comercialización) y para lograrlo, desplazan a las empresas que estaban operando en tales campos, utilizando al efecto algunos de los medios coactivos de derecho público, constituidos, entre otras, por las figuras que se enuncian a continuación:

Las expropiaciones;

Los arreglos “unilaterales”; Las nacionalizaciones;

Las confiscaciones.

Es lo anterior la razón fundamental por la cual las empresas, que se consideran lesionadas económicamente por los Estados, los demandan estimando que, hacerlo ante los organismos jurisdiccionales de éstos, como lo prevé el **principio de inmunidad de jurisdicción**, solo les permitiría obtener sentencias parcializadas.

Para superar la situación aludida, han surgido diferentes medios destinados a ofrecer sentencias ajenas al nacionalismo de los tribunales locales.

II. ORGANISMOS QUE CONOCEN DE LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS CONTRA LOS ESTADOS

¿Cuáles son los órganos destinados a conocer de las reclamaciones contra los países? Los más importantes en América-Europa son: el

CIADI; CNUDMI (UNCITRAL); la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arbitraje.

Los organismos señalados operan fundamentalmente mediante árbitros, cuyo sistema de actuación constituye lo que se denomina “Arbitraje Internacional de Inversión”.

Un somero análisis de los organismos precedentemente señalados nos permite conocer sus lineamientos generales, así:

1. CIADI

Bajo la palabra CIADI está la designación de dos diferentes elementos:

- A. **CIADI- El “Convenio”**, esto es, el **Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y nacionales de Otros Estados**.
- B. **CIADI el organismo**, esto es, el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión**.

A. **CIADI- El “Convenio”**, -que entrara en vigor el 14 de octubre de 1966-, cuando fue ratificado por veinte países, fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), quienes, el 18 de marzo de 1965, sometieron el Proyecto de Convenio, con un informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial, para su consideración y su eventual firma y ratificación.

Motivos para la creación.

1. El Convenio partió de la consideración de que era necesaria la cooperación internacional para el desarrollo económico, materia en la cual desempeñan un importante papel las inversiones internacionales de carácter privado.
2. Los proyectistas se basaron en el hecho de que, constantemente, surgían diferencias entre los Estados Contratantes y los Nacionales de otros Estados Contratantes, con relación a dichas inversiones y, aun cuando tuvieron en cuenta que tales diferencias se sometían a sistemas procesales nacionales, opinaron que, en ciertos casos, el empleo de métodos internacionales de arreglo, podía ser más apropiado para encontrar solución a las diferencias.

3. Fue así como estructuraron sistemas de **conciliación** y de **arbitraje internacional**, destinados a que los Estados contratantes y los nacionales de otros estados, sometiesen a ellos sus diferencias.

B. CIADI: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión.

Este centro está destinado, fundamentalmente, a dictar reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje.

Nuestro país, mediante la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, se sometió al sistema de arbitraje internacional contemplado en dicho Convenio. La ley Aprobatoria del Convenio fue publicada en la Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

Ahora bien, el 25 de enero de 2012, Venezuela denunció el Convenio CIADI.

Efectos de la denuncia

- a. El retiro solo surte efecto a los seis meses de su notificación;
- b. La denuncia del Convenio no afecta a los titulares de derechos y obligaciones de quienes interpusieron demandas en contra del Estado.
- c. Los juicios pendientes seguirán su causa normal y deben ser atendidos hasta su definitiva conclusión.
- d. Las reclamaciones o demandas contra el Estado, que sean planteadas antes de cumplirse los seis meses antes aludidos, deben ser atendidas por el demandado.
- e. En el caso de que el Estado demandado abandone los juicios incoados en su contra, éstos continuarán en ausencia, sin que se puedan presentar defensas y alegatos, pudiendo el demandante solicitar que se abrevien los lapsos, y asimismo, que sean acordadas medidas cautelares en contra del demandado.
- f. El Estado demandado no podría solicitar la nulidad de los eventuales laudos, aun cuando estén afectados de vicios, si deja de atender el curso del proceso.
- g. Los funcionarios que hayan omitido las actuaciones de defensa procesal, estarán sometidos a las responsabilidades de los da-

ños sufridos por el Estado, al cual pertenecen derivados de tal omisión.

2. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París.

Esta Corte es el más importante de los organismos creados por la Cámara de Comercio Internacional, fundada en 1923.

El CCI se rige por el Reglamento de Arbitraje en vigor desde el 1 de enero de 1998. Tiene el Reglamento una cláusula modelo que se recomienda asumir en todos los arbitrajes en la cual las partes deben indicar: el derecho aplicable al contrato; el número de árbitros; la sede y el idioma del arbitraje. El Reglamento del CCI solo limita la libertad de las partes a fijar los anteriores datos.

Debemos recordar que las decisiones de la CCI corresponden a la Corte Internacional de Arbitraje de dicha Cámara de Comercio. Los miembros de la Corte son nombrados por el Consejo de la CCI. La función de la Corte es solucionar mediante arbitraje las controversias de carácter internacional surgidas en el ámbito de los negocios comerciales. Hay que tener presente que el procedimiento ante la Corte es diferente a los restantes procedimientos arbitrales, al punto que en los actos de dicho organismo, no podrán participar sino las partes, esto es: los jueces y los funcionarios de la Corte.

3. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

Este instituto fue creado en 1917. Se rige por un Reglamento de Conciliación de 1988; por el procedimiento y los servicios establecidos en el Reglamento de la CNUDMI y, asimismo, por un Reglamento de Arbitraje Acelerado (1995) y por su Reglamento de Arbitraje en materia de seguros (1996).

4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

Fue creada por las Naciones Unidas en 1966. Esta Comisión se rige por un Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dictado el 28 de

abril de 1976 y, por la Ley Modelo de Arbitraje de dicho organismo de 1985.

5. Síntesis de la labor de los organismos que operan en el Arbitraje Internacional de Inversión.

El procedimiento ante los organismos señalados, se denomina **Arbitraje Internacional de Inversión** el cual está destinado a permitir que un Estado soberano sea demandado por un particular cualquiera, siempre y cuando el mismo tenga el carácter de inversionista de otros estados signatarios del acuerdo del CIADI o de otro Convenio específico. Esta función del CIADI y de los restantes organismos citados, constituye la gran derogatoria del principio de la “*inmunidad de jurisdicción de los Estados*”, por el sometimiento de los mismos a tribunales arbitrales a los cuales pueden ser llevados por los inversionistas (particulares) que hubiesen realizado inversiones en el país signatario del Convenio y, se encontrasen insatisfechos de la actuación del Estado receptor de la inversión, ante las pretensiones que deducen en su contra.

III. VÍAS SUSTITUTIVAS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.

¿Cuáles podrían ser las vías sustitutivas? Ante las críticas que ha sufrido el sistema del Arbitraje Internacional de Inversión se han planteado las siguientes vías sustitutivas:

1. **La reforma del CIADI.** La misma ha sido enfocada en el sentido de que se den los pasos siguientes:
 - a. Que el CIADI se separe del Banco Mundial para eliminar la reacción negativa de los Estados ante la vinculación del CIADI con el Fondo Monetario Internacional;
 - b. Que el CIADI se constituya en un tribunal permanente, o bien, conforme varios tribunales permanentes;
 - c. Que se establezcan procedimientos claros y transparentes eliminándose las lagunas, sobre todo las que atañen a la fase fundamental del proceso, esto es, a las llamadas cuestiones previas, en especial la relativa a la jurisdicción. Asimismo que se acuerde la apelación del laudo o la ampliación del

recurso de nulidad previsto contra el laudo arbitral a fin de hacerlo más flexible.

2. **La incorporación de jueces asociados en los máximos tribunales nacionales que conozcan de las demandas de los inversionistas.** Esta tesis fue expuesta por quien suscribe en el voto salvado contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de agosto de 1999, que acogiera, ampliamente, el arbitraje como medio de dilucidar las controversias entre inversionistas y estados. Al efecto, como medida sustitutiva sugería la aplicación de la figura del **juez asociado**, contenida en los artículos 118 al 124 del Código de Procedimiento Civil venezolano para obviar las críticas a la jurisdicción nacional.

La proposición alude a la posibilidad en cualquier instancia de que el tribunal se constituya con dos jueces más para dictar la sentencia definitiva. Con tal sistema se propicia la celeridad de la decisión y la incorporación de juristas ilustres e imparciales propuestos por la contraparte de la República, lo cual fortalece la transparencia de la causa. Este sistema en el Arbitraje de Inversión ofrecería a los inversionistas extranjeros mayor seguridad y confianza en un tribunal nacional por cuanto el mismo se conformaría con otros jueces diferentes de los nacionales.

3. La creación de un tribunal supranacional. Ya existen algunas experiencias en el campo del Derecho Internacional de tribunales supranacionales. Así:
 - a. Está el modelo de la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, que es un organismo de las Naciones Unidas que conoce de las controversias relativas a la soberanía de los Estados.
 - b. Otro caso es el del **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, que es de naturaleza regional, creado para servir a los estados miembros del originario "*Acuerdo de Cartagena*".
 - c. Otro caso es el del **Tribunal Administrativo de la OIT**, con sede en Ginebra, que conoce de las cuestiones en materia funcional de los empleados de los organismos de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales, por cuanto **dicho tribunal tiene jurisdicción abierta**.

- d. Podemos citar también a la **Organización Mundial de Comercio** que también dispone de un tribunal arbitral.
- e. Se puede citar igualmente al Tribunal de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial OMPI, que tiene su sede en Ginebra.
- f. Ejemplo muy conocido es el de los **tribunales internacionales sobre Derechos Humanos** ubicados uno en Estrasburgo y otro, en San José de Costa Rica y, finalmente está el Tribunal Penal Internacional, derivado del Convenio de Roma, que tiene su sede en la Haya.
- g. **Creación de un Centro Regional de Arbitraje**. Esta es una solución propuesta en sede de la UNASUR.
- h. **Creación de varios tribunales regionales**. Podrían constituirse mediante un tratado que posibilite la creación de estos tribunales regionales.

IV. CRÍTICAS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

1. **La necesidad de que exista una decisión prioritaria de las cuestiones de forma, sobre las de fondo**, sin que se permita como ahora, la posibilidad de la simultaneidad o paralelismo procesal de ambas cuestiones.
2. **Desconocimiento de una regla esencial del proceso como es la preclusión**, que es lo que da lugar al principio de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, jueces que han decidido durante el juicio mediante un laudo previo sobre jurisdicción, admiten que se replanteen los mismos puntos en las actuaciones que siguen.
3. **La imposibilidad de alegar la “litispendencia”** a pesar de que existan otros juicios iguales entre las mismas partes.
4. **La inexistencia de la apelación**, creando indefensión en la parte perdedora.
5. **Los vicios que derivan de la falta de institucionalidad** del juez que no es “*funcionario*” y, en consecuencia carece de la responsabilidad de tal, ya que se trata de un particular que

asume una función “cuasi-jurisdiccional” o jurisdiccional en forma transitoria.

6. **La ausencia en el árbitro de una investidura** que, de por sí, intente garantizar la imparcialidad y amplitud de criterio del juez.
7. **La admisión de algunos centros arbitrales de medidas cautelares**, que son contrarias a la naturaleza meramente cognoscitiva del arbitraje. En efecto, en los regímenes de CIADI y CNUDMI, los tribunales arbitrales pueden recomendar a los jueces nacionales, acordar embargos y secuestros de la más variada naturaleza, en cualquier parte del mundo, como fuera el caso de la “*Mareva injunction*,” interpuesta contra PDVSA por la ExxonMobil en Londres (Reino Unido), país con el cual no existía para el caso, ningún factor de conexión con Venezuela y que, incluso, la ejercieron también en Holanda y en las Antillas Neerlandesas que se encontraban con respecto a nuestro país en situación análoga a la señalada en el caso de Inglaterra.
8. **La recusación de uno de los jueces** es sometida al propio tribunal arbitral, lo cual atenta contra la imparcialidad de la decisión ante la inevitable solidaridad entre dichos jueces. Es muy difícil que un organismo colegiado declare con lugar la recusación de uno de sus integrantes. Baste apreciar los escasísimos casos de recusaciones declaradas precedentes. Este, por otra parte, es uno de los temas de más fuertes críticas en contra del sistema, sobre todo, si se toman en cuenta los más recientes ejemplos de árbitros que se niegan a inhibirse aun cuando resulte evidente su parcialización.
9. **La inexistencia de un sistema de tribunales** (primera, segunda instancia) **impide que exista una verdadera jurisprudencia**, por cuanto los tribunales varían (se constituyen y se desvanecen al concluir el caso). No hay una jurisprudencia del tribunal, por cuanto el tribunal no existe, lo cual favorece la posibilidad de que los laudos sean contradictorios.
10. **La aceptación del abuso de la personalidad jurídica de las empresas** que permiten que, por ejemplo, ExxonMobil, siendo la más americana de todas las sociedades norteamericanas,

se presente en juicio con la capa de “caperucita holandesa”, por haber inscrito una empresa fantasma en un país neerlandés permitiéndole disfrutar de los privilegios que acuerda un tratado bilateral de inversión existente entre el demandado y dicho país. En efecto, la consideración de la personalidad jurídica como un concepto inquebrantable frente al cual se escudan los inversionistas extranjeros, hoy en día no tiene ningún sustento sólido.

V. ANEXOS

Los arbitrajes pendientes ante el CIADI de empresas multinacionales contra Venezuela, en materia de reclamaciones de dichas empresas contra el Estado, en materia de hidrocarburos.

CIADI

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela **(CIADI)**

Caso No. ARB(AF)/17/4

Objeto de la disputa: Lubricant production facilities.

Sector económico: Otras industrias.

Instrumento invocado: BIT Netherlands - Venezuela, República Bolivariana de 1991.

Reclamante: Venoklim Holding B.V. (Dutch).

Demandado: Bolivarian Republic of Venezuela (Venezuelan).

Registro: September 25, 2017.

Representante de las partes

Reclamante: Jiménez & Liévano Abogados, Bogotá, Colombia.
Demandado: Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Mexico City, Mexico, and New York, NY, and Washington, D.C., U.S.A. Procuraduría General de la República.

Estatus del proceso: Pendiente.

Última actuación: 16 de enero de 2018 - Tras el nombramiento del Demandado, Gabriel Bottini (Argentina) acepta su nombramiento como árbitro.

Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB (AF) / 14/1)

Objeto de disputa: Concesión minera.

Sector económico: Petróleo, gas y minería.

Instrumento(s) invocado(s): BIT Venezuela, República Bolivariana de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte 1995.

Nacionalidad:

Reclamante: Anglo American PLC (británico).

Demandado: República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 10 de abril de 2014.

Fecha de constitución del Tribunal: 2 de octubre de 2014.

Composición del Tribunal

Presidente: Yves DERAINS (francés) - Nombrado por las partes

Árbitros: Guido Santiago TAWIL (Argentina) - Nombrado por el / los Demandante (s) y

Representantes

Reclamante: Baker & McKenzie Barcelona S. L. P., Caracas, Venezuela y Freshfields Bruckhaus Deringer, Washington, D.C., U.S.A., Londres, Reino Unido.

Demandado: Foley Hoag, Washington, D.C., EE. UU y Procuradora General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 28 de abril de 2017: cada parte presenta una presentación sobre los costos.

Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela (CIADI Caso No. ARB/10/9)

Objeto de disputa: Empresa de petróleo y gas **Sector económico:** Petróleo, gas y minería **Instrumento (s) invocado (s):** BIT España - Venezuela, República Bolivariana de 1995.

Nacionalidad Reclamante: Universal Compression International Holdings, S.L.U. (Español) **Demandado:** República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 12 de abril de 2010.

Fecha de constitución del Tribunal: 3 de noviembre de 2010.

Composición del Tribunal

Presidente: J. William ROWLEY (británico, canadiense) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Árbitros: Brigitte STERN (francés) - Nombrado por el demandado (s) Guido Santiago TAWIL (Argentina) - Nombrado por el / los Demandante (s).

Representantes

Reclamante: King & Spalding, Washington, D.C., EE. UU. Norton Rose, S.C., Caracas, Venezuela.

Demandado: Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Nueva York, NY, EE. UU y Procuraduría General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 7 de febrero de 2017: la suspensión del procedimiento se prorroga hasta el 31 de marzo de 2017, de conformidad con el acuerdo entre las partes.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30).

Objeto de disputa: Empresa de petróleo y gas **Sector Económico:** Petróleo, gas y minería **Instrumento (s) invocado (s):** BIT Países Bajos - Venezuela, República Bolivariana de 1991 - Ley de Inversiones - Venezuela (1999).

Nacionalidad:

Reclamante: ConocoPhillips Golfo de Paria B.V. (holandés), Conoco-Phillips Hamaca B.V. (holandés), ConocoPhillips Petrozuata B.V. (holandés).

Demandado: República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 13 de diciembre de 2007.

Fecha de constitución del Tribunal: 23 de julio de 2008.

Composición del Tribunal

Presidente: Eduardo ZULETA (colombiano) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Árbitros: L. Yves FORTIER (Canadá) - Nombrado por el (los) Demandante (s) Andreas BUCHER (Suiza) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Composición inicial del tribunal Presidente: Kenneth KEITH (Nueva Zelanda).

Árbitros: L. Yves FORTIER (canadiense) Ian BROWNLIE (británico).

Reconstituido: 1 de febrero de 2010: Georges ABI-SAAB (egipcio) nombrado tras el fallecimiento de Ian BROWNLIE (británico) 10 de agosto de 2015: Andreas BUCHER (suizo) nombrado tras la renuncia de Georges ABI-SAAB (egipcio) 22 de abril de 2016: Eduardo ZULETA (colombiano) nombrado tras la renuncia de Kenneth KEITH (Nueva Zelanda).

Representantes:

Reclamante (s): Freshfields Bruckhaus Deringer, Nueva York, NY, EE.UU. Tres coronas, Londres, U.K.

Demandado (s): Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Nueva York, NY, EE. UU.; Ciudad de México, México; Buenos Aires, Argentina; y Milano, Italia y Procuraduría General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 19 de septiembre de 2017 - 21 de septiembre de 2017: el Tribunal celebra una nueva audiencia sobre quantum en Washington, D.C.