

BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela
y en la Universidad Católica Andrés Bello.
Director del Centro de Estudios de Derecho Público,
Universidad Monteávila*

Resumen: Una de las principales preocupaciones en torno al arbitraje internacional de inversiones es la protección del “derecho a regular” del Estado sede. Para asegurar la protección de ese derecho, se han implementado recientemente diversos cambios que impactarán en el futuro inmediato del sistema de arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje internacional de inversiones, derecho a regular, Tratado Bilateral de Inversión.

Summary: One of the main concerns related to the international investment arbitration is the protection of the right to regulate of the Host State. To assure the protection of that right there has been several changes that will determine the future of the arbitration system.

Key words: International investment arbitration, right to regulate, Bilateral Investment Treaty.

Recibido: 18 de septiembre de 2017 Aceptado: 28 de septiembre de 2017

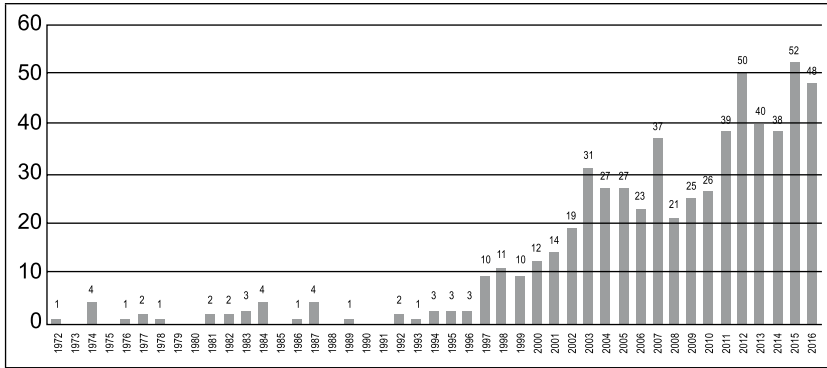
SUMARIO

- I. La rápida expansión del arbitraje internacional de inversiones y su “crisis”
- II. El arbitraje internacional de inversiones y el derecho a regular
- III. La nueva redacción de los Tratados
- IV. La introducción de excepciones basadas en la protección del interés general
- V. El reconocimiento del margen de deferencia
- VI. Un ejemplo especial de deferencia: la tesis del poder de policía y el caso Philip Morris Brandssarl y otros vs. Uruguay
- VII. La experiencia de Venezuela en el arbitraje CIADI: ¿se ha protegido su derecho a regular?
- VIII. A modo de conclusión: el futuro del arbitraje internacional de inversiones

I. LA RÁPIDA EXPANSIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU “CRISIS”

El arbitraje internacional de inversiones es resultado de una rápida evolución. Hasta la década de los noventa del pasado siglo, el arbitraje basado en Tratados, como método de solución de disputas entre el Estado y el inversor, era un mecanismo poco empleado. A partir de esa década el panorama cambió. El auge de las políticas globales de liberalización impulsó la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y otros Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs), en los cuales se estableció, como método de solución de disputas Estado-inversor, al arbitraje, muy especialmente, administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Tal fue el caso de Latinoamérica, incluyendo Venezuela, país que suscribió en la década de los noventa diversos TBIs, así como la Convención del CIADI.

Como resultado de ello, los casos de arbitraje ante el CIADI se incrementaron, como puede observarse en la *Estadísticas de Casos del CIADI*, en su edición 2017-I:



Fuente: Estadísticas de Casos del CIADI, en su edición 2017-I

Este rápido crecimiento del arbitraje de inversiones basado en Tratados se tradujo en la ampliación del control ejercido por los Tribunales Arbitrales. De esa manera, políticas públicas que usualmente habían sido controladas por el Derecho Público doméstico, ahora quedaban sometidas a los estándares de protección del inversor definidos en los AIIs, y a la solución de controversias a través del arbitraje. Medidas tradicionales de intervención en la economía, como el control de precio, el control de cambio, la adjudicación de contratos y las expropiaciones, ahora son revisadas por Tribunales Arbitrales que determinan si los estándares de protección del inversor definidos en el Tratados han sido violados y, de ser el caso, cuál es la indemnización debida por el Estado.

El mejor ejemplo de ello fue la crisis de Argentina, de comienzos del presente siglo. Como consecuencia de esa crisis, el Gobierno Argentino adoptó medidas tradicionales de intervención en la economía, las cuales fueron cuestionadas por inversores a través del arbitraje internacional. La crisis de Argentina permitió comprender que el arbitraje internacional

de inversiones no se limita a resolver disputas contractuales, sino que permite la solución de controversias derivadas del ejercicio de la soberanía del Estado para intervenir en la economía.

Ahora bien, el continuo crecimiento de casos de arbitraje internacional, principalmente ante el CIADI, relacionados con políticas públicas, generó una preocupación en torno al rol que el arbitraje debía cumplir. Ello dio lugar a dos posiciones diferentes.

Una posición, marcadamente crítica, denunció la crisis de legitimidad del arbitraje internacional de inversiones. Entre otros, autores como Gus Van Harten señalaron que el arbitraje internacional carecería del marco institucional adecuado para conocer de controversias relacionadas con políticas públicas. La poca transparencia del sistema; la articulación de un procedimiento arbitral limitado a las partes con pocas posibilidades de acceso a terceros; la ausencia de mecanismos de apelación, y los criterios arbitrales basados en el arbitraje comercial internacional, eran factores que afectaban el funcionamiento del arbitraje de inversiones. De igual manera, no faltaron críticas a la falta de objetividad del CIADI, considerado como un centro con tendencias favorables al inversor. En realidad, la crítica fue general: según Kate Miles, el arbitraje de inversiones se ha formado, históricamente, como un sistema deferente a la inversión.

Otra posición asumió que el arbitraje internacional de inversiones debía ser reformado, a fin de fortalecerlo. Es la posición asumida, entre otros, por Stephan Schill. Esta propuesta parte de reconsiderar cuál es el objetivo de ese arbitraje. Tal y como observó Thomas Wälde, el arbitraje internacional de inversiones debe ser valorado como un instrumento de solución de controversias Estado-Inversor, que debe estar influenciado por el Derecho Público Comparado. Ello implica asumir que ese arbitraje es distinto al arbitraje comercial: mientras éste

se orienta a solucionar controversias contractuales, el arbitraje internacional de inversiones tiene un ámbito tan amplio que permite incluso controlar políticas públicas. Por ello, el arbitraje internacional de inversiones debe ser valorado como un mecanismo de control internacional sobre el Estado sede que fomenta –en el espacio global– al Estado de Derecho y a la gobernanza democrática.

Es la segunda posición la que debe prevalecer, en nuestra opinión. El arbitraje internacional de inversiones es, actualmente, el único mecanismo que permite resolver, en el espacio global, controversias Estado-inversor. De allí la conveniencia de contribuir a su reforzamiento, a través del correcto enfoque conceptual del arbitraje como un instrumento al servicio del Estado de Derecho y la gobernanza democrática en el espacio global.

II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DERECHO A REGULAR

Como vimos, el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados permite el control de toda la actividad e inactividad del Estado. De manera especial, a través de ese arbitraje pueden controlarse las medidas de intervención pública del Estado sede de la inversión sobre la economía. En el Derecho de Inversiones Internacionales, esas medidas comprenden el llamado *derecho a regular*.

Así, la expresión derecho a regular empleada en el Derecho Internacional de Inversiones hace referencia, precisamente, a la intervención del Estado en la economía como manifestación de su soberanía. Esto incluye la intervención pública a través de Leyes y Decretos-Leyes, pero también, y de manera especial, la intervención pública a través de la Administración del Estado sede.

De esa manera, el derecho a regular del Estado sede queda sometido a los estándares de protección del inversor definidos en los AII. Así, estos estándares son garantías reconocidas en el Tratado a favor del inversor y que, por ende, limitan el llamado derecho a regular, con lo cual, esos estándares son, también, estándares de revisión de la actividad del Estado sede, y muy especialmente, de revisión de su actividad administrativa (Diehl).

Esos estándares pueden ser absolutos –cuando no requieren un término de comparación– o pueden ser relativos –cuando requieren un término de comparación–, como sucede con el estándar que prohíbe la discriminación. También, es posible clasificar a los estándares según sean expropiatorios y no expropiatorios, o sea, referidos a formas de intervención del Estado distintas a la expropiación. Finalmente, el estándar expropiatorio puede abarcar la expropiación directa –cuando el Estado expropia bienes por medio de la correspondiente decisión administrativa– o la expropiación indirecta –cuando el Estado no adquiere coactivamente la propiedad–, pero impone limitaciones que vacían a ésta de cualquier efecto útil (McLachlan).

Las primeras versiones de los TBIs reconocieron estándares en términos muy amplios, todo lo cual otorgaba al Tribunal Arbitral un amplio margen de apreciación. El mejor ejemplo es el estándar del “trato justo y equitativo”, de acuerdo con el cual, el Estado “*garantizará un tratamiento justo y equitativo*”. La indeterminación de ese estándar ha llevado a largas discusiones sobre cuál es su relación con el estándar mínimo internacional, esto es, con las garantías del inversor derivadas de la costumbre internacional. Asimismo, en la jurisprudencia arbitral, ese estándar ha sido interpretado a partir de principios generales tales y como la proporcionalidad y la confianza legítima. Otro buen ejemplo es el estándar de expropiación indirecta, que permite calificar como expropiación a aquella regulación que sin ordenar la adquisición coactiva del bien, desnaturaliza

la propiedad privada tomando en cuenta criterios como la proporcionalidad (Yannaca-Small y Kläger).

La amplitud de estos estándares generó el riesgo de sustitución del Tribunal Arbitral en decisiones propias del Estado sede, en cuanto a la forma y contenido con el cual la economía es regulada. Esto es, el riesgo de que el arbitraje internacional de inversiones pudiese desconocer el “derecho a regular”. Como se afirmó en la *Agenda de Acción de Addis Ababa*, suscrita en el marco de la Tercera Conferencia de la Organización de Naciones Unidas del Financiamiento para el Desarrollo (Julio 2015):

“El objetivo de proteger y promover la inversión no debe afectar nuestra habilidad de proteger nuestros objetivos de políticas públicas. Vamos a incentivar la confección de acuerdos de comercio e inversión con apropiadas garantías que impidan limitaciones a las políticas domésticas y a la regulación en beneficio del interés público...”.

De igual manera, la *Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo* (UNCTAD, por sus siglas en inglés) ha reflejado la preocupación global en torno a la protección del derecho a regular. De esa manera, en el *Reporte Mundial de Inversión 2015*, se indicó lo siguiente:

“Mientras los AII's contribuyen a un clima de inversión favorable, ellos inevitablemente establecen limitaciones a la soberanía de los Estados para diseñar y ejecutar políticas públicas. Tomando en cuenta la creciente preocupación en torno a posibles excesos en esos límites, especialmente cuando ellos van de la mano de mecanismos efectivos de ejecución de los laudos, la reforma de los AII's debe asegurar que los Estados mantengan su derecho a regular para atender los intereses propios de sus políticas públicas, incluyendo objetivos de desarrollo sustentable (por ejemplo, la

protección del ambiente, la protección de la salud pública y otros objetivos sociales)...”.

A los fines de proteger el ejercicio de la soberanía del Estado sede para intervenir en la economía, o “derecho a regular”, se han adoptado, básicamente, tres mecanismos: (i) se ha modificado la redacción de los TBIs, a los fines de reducir el ámbito de aplicación de los estándares de revisión; (ii) se han incluido, dentro de los Tratados, excepciones relacionadas con las medidas de regulación adoptadas en áreas de interés público, y (iii) la jurisprudencia ha reconocido la existencia de un margen de deferencia a favor del Estado sede. Estos mecanismos determinan las perspectivas actuales del arbitraje internacional de inversiones.

III. LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS TRATADOS

La redacción de los TBIs y AAIs ha cambiado, a fin de detallar el alcance de los estándares de revisión, reduciendo consecuentemente su ámbito de aplicación. Como resultado de ello, el estándar del trato justo y equitativo suele no incorporarse o, en su caso, limitarse a las garantías derivadas del estándar mínimo derivado de la costumbre internacional, todo lo cual reduce su ámbito de aplicación, al elevar el tipo de violación al Tratado que puede dar lugar a la declaratoria de incumplimiento de tal estándar.

Pero estos Tratados han cambiado, también, a fin de abordar materias que exceden de los estándares de protección. Un ejemplo interesante de este nuevo modelo de Tratado es el *Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos*, de 2015. En tal Tratado encontramos, con un lenguaje más depurado, estándares comunes en TBIs. Pero además se han incorporado deberes que van más allá de esos estándares tra-

dicionales, como el *deber de transparencia* previsto en su artículo 8:

“1. De conformidad con los principios del presente Acuerdo, cada Parte asegurará que todas las medidas que afecten a la inversión sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial, de conformidad con su ordenamiento jurídico (...)”

Este deber de transparencia incide en la toma de decisiones regulatorias por el Estado sede, lo que tendrá un impacto más allá de la relación con el inversor, al favorecer la gobernanza democrática dentro del Derecho Público doméstico.

Otro aspecto relevante de estos Tratado es que incorporan *deberes de responsabilidad social corporativa*. De conformidad con el artículo 13 del Tratado citado:

“1. Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo”

Este deber, además de exceder de la concepción tradicional de los estándares de protección, apunta a un cambio importante en los AII, los cuales pasan a imponer deberes al inversor, en este caso referidos a promover el desarrollo sustentable. Esto tiende a equilibrar el control sobre el derecho a regular con los deberes que el Tratado impone al inversor, todo lo cual genera problemas nuevos, ante las consecuencias derivadas del cumplimiento de tales deberes, los cuales pueden limitar a inversor, como sucede con la cláusula del desarrollo sustentable.

IV. LA INTRODUCCIÓN DE EXCEPCIONES BASADAS EN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

Otra técnica orientada a proteger el derecho a regular es la incorporación, dentro del Tratado, de excepciones inspiradas en el artículo XX del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (“GATT”, por sus siglas en inglés). Así, para proteger el llamado “derecho a regular”, recientes Tratados han incorporado excepciones inspiradas en ese artículo, y conforme a las cuales las medidas del Estado sede adoptadas en determinadas materias no podrán ser consideradas una violación al Tratado, salvo cuando sean medidas arbitrarias (Titi).

El resultado de ello es que el Estado sede, al ejercer su soberanía o derecho a regular, podrá invocar las causas de interés público incluidas en esas excepciones, como la protección a la salud. Con ello, logrará establecer una suerte de *presunción de conformidad con el Tratado*, en el sentido que el inversionista tendrá que acreditar que la regulación, o bien no atiende a ese fin, o bien resulta una medida arbitraria.

En algunos casos, esa excepción alude directamente al derecho a regular. Es el caso del TBI Argentina-Qatar, de 2016, cuyo artículo 10 establece lo siguiente:

“Ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medioambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor”

Esto implica que las medidas adoptadas por el Estado para atender esos objetivos, quedan amparadas por una especie de presunción de conformidad con el Tratado, todo lo cual eleva la carga probatoria del inversor, a efectos de demostrar cómo

esas medidas violan los estándares de protección establecidos en el Tratado.

Otro ejemplo, mucho más ilustrativo, es el artículo 17 del TBI Canadá-Mongolia, de 2016. Ese artículo contiene las *excepciones generales*, esto es, las materias que quedan exceptuadas de la aplicación de los estándares de protección. Se trata de una extensa norma que en once numerales, lista las diversas excepciones que salvaguardan el derecho a regular. El principio general es que las medidas del Estado sede orientadas a atender los objetivos de interés general presentes en esa norma (como la protección del medio ambiente y la protección de usuarios del sistema financiero) se presumirán conformes con el Tratado, salvo cuando se demuestre que se trate de medidas arbitrarias y discriminatorias, o cuando restrinjan indebidamente el comercio internacional o las inversiones.

Como resultado de ello, el derecho a regular del Estado se encuentra protegido por un sistema general de excepciones, de acuerdo con el cual, toda medida orientada a atender objetivos de interés general de acuerdo con el Tratado se presume que cumple con los estándares de protección, salvo cuando se demuestre una violación especialmente grave al Tratado, en casos de arbitrariedad y discriminación.

V. EL RECONOCIMIENTO DEL MARGEN DE DEFERENCIA

Otra de las vías para proteger el derecho a regular es reconociendo el margen de deferencia que el Tribunal Arbitral debe mantener frente al Estado sede. El margen de deferencia alude a los límites que el Tribunal Arbitral debe respetar para no sustituirse en el ejercicio del derecho a regular por parte del Estado sede. No existe claridad sobre cuál debe ser tal margen, existiendo al respecto diversas teorías que tratan de explicar cuál es el origen y alcance de ese margen de deferencia. Conviene resumir esas teorías.

- Así, y en *primer* lugar, la existencia del margen de deferencia ha sido justificada en el principio de separación de poderes, argumentándose que el Tribunal Arbitral no puede invadir el ejercicio de las funciones propias del Estado sede (Weiler).
- En *segundo* lugar, otros autores proponen un estudio comparado con otras formas de resolución de conflictos en el ámbito internacional, como sucede con la doctrina del “margen de apreciación” reconocida por Tribunales de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Burke-White y Von Staden). Bajo esta premisa, la doctrina del “margen de deferencia” ha sido ocasionalmente admitida en el arbitraje internacional de inversiones (Arato).
- En *tercer* lugar, hay tesis que aluden, directa o indirectamente, a la “doctrina de la deferencia”, tomando en cuenta el tipo de actuación del Estado sede que es susceptible de violar los estándares de revisión del TBI. Así, en algunas decisiones arbitrales la “deferencia” se refiere a la *intensidad* exigida para que la ilegalidad del Estado sede sea relevante a fin de justificar el control arbitral (asunto *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/09/20, laudo de 16 de mayo de 2012, párrafo 258). Otras decisiones arbitrales sostienen que en caso de duda, debe favorecerse la legalidad de la actuación del Estado sede (asunto *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 301). Asimismo, la naturaleza del estándar de protección ha sido considerada, en algunas decisiones arbitrales, a fin de identificar la existencia del principio de deferencia, en el sentido que hay estándares –como el trato justo y equitativo– que exigen una violación de cierta intensidad al Tratado aplicable (asunto *Continen-*

tal Casualty vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/9, laudo de 5 de septiembre de 2008, párrafo 181).

Hay también decisiones arbitrales que justifican la deferencia en el carácter técnico de las decisiones del Estado sede, lo que se equipara a la tesis del “margen de apreciación”. Aquí, además, se alude al origen democrático de las decisiones del Estado sede, como un factor que debe llevar a la deferencia de esas decisiones frente al control ejercido por el Tribunal Arbitral, que carece de orígenes democráticos, como se decidió en el caso *Chemtura Corporation vs. Canadá* (laudo de 2 de agosto de 2010, en un arbitraje ad-hoc del NAFTA bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), párrafo 123). Finalmente, algunos Tribunales Arbitrales emplean la doctrina de la deferencia a fin de presumir la validez de la interpretación del Derecho doméstico por el Estado sede, presunción que no aplica en casos de arbitrariedad (asunto *Teco Guatemala Holdings LLC vs. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de 19 de diciembre de 2013, párrafo 492).

A pesar de que no existe claridad en torno al contenido y alcance de este margen, podemos concluir que el consenso dentro del Derecho Internacional de Inversiones es reconocer límites al control arbitral, a fin de impedir una indebida sustitución en decisiones que deben ser privativas del Estado sede. El efecto práctico de ese margen de deferencia es, nuevamente, reconocer una suerte de *presunción de conformidad con el Tratado*, de acuerdo con la cual, se entiende que la regulación adoptada por el Estado sede no viola el Tratado, salvo cuando se acredite una clara violación al estándar aplicable. Pero para determinar esa violación, el Tribunal debe partir del principio conforme al cual el Tratado admite diversas formas de regulación en la economía, sin que sea posible establecer, *a priori*, limitaciones a tal regulación. Solo el examen concreto de la medida de regulación adoptada, en función al estándar cuya violación se

denuncia, podrá determinar si ha habido o no una violación al Tratado.

VI. UN EJEMPLO ESPECIAL DE DEFERENCIA: LA TESIS DEL PODER DE POLICÍA Y EL CASO PHILIP MORRIS BRANDSSÀRL Y OTROS VS. URUGUAY

Una especial manifestación del interés por proteger el derecho a regular en el Derecho Internacional de Inversiones es a través del concepto de *poder de policía* (Shirlow), concepto que equivale al derecho a regular. Así, el poder de policía alude a la soberanía del Estado sede para intervenir en la economía por razones de interés público, razones que deben ser valoradas por los órganos del Estado electos o designados para ese fin. De esa manera, se entiende que la soberanía del Estado abarca la posibilidad de ejercer el poder de policía para regular la economía en protección de bienes jurídicos de interés general como el medio ambiente. Por ello, como regla, se entiende que la regulación orientada a atender a tales objetivos no es contraria al Tratado, salvo cuando se demuestre una clara violación, típicamente, cuando la medida es arbitraria.

Un reciente ejemplo de esta tesis es el laudo dictado el 8 de julio de 2016 por el Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI, que desestimó el reclamo presentado por la empresa *Philip Morris BrandsSàrl y otros* en contra de Uruguay (CIADI No. ARB/10/7).

El reclamo se basó en diversas denuncias de violación del TBI celebrado entre Uruguay y Suiza en 1988, derivadas de la regulación para el control sobre el tabaco dictada por Uruguay. En concreto, las denuncias partieron de dos medidas adoptadas por Uruguay: (i) la prohibición de comercializar más de una variedad de cigarrillo (la exigencia de presentación única) y (ii) la obligación de colocar advertencias sanitarias en el empa-

que, equivalentes al ochenta por ciento (regulación del 80%). Ambas medidas fueron adoptadas por medio de actos dictados por el Poder Ejecutivo, o sea, actos administrativos. Así, la regulación en materia de presentaciones fue dictada mediante la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública de 18 de agosto de 2008. La regulación del ochenta por ciento (80%) fue dictada mediante el Decreto N° 287/009 de 25 de junio de 2009.

De allí que el objeto básico de ese caso consistía en determinar si la regulación dictada por la Administración en materia de tabaco constituía una violación al TBI aplicable, lo que pasaba, entre otros aspectos, por determinar su razonabilidad y racionalidad. Precisamente, el laudo arbitral comentado negó que las medidas administrativas cuestionadas violasen el TBI, partiendo de la deferencia a favor del poder de policía del Estado sede.

Así, el Tribunal Arbitral concluyó que la protección a la salud ha sido considerada una manifestación esencial del poder de policía del Estado sede. Por ello, reiteró que como regla, la regulación adoptada por el Estado para atender políticas públicas, como el derecho a la salud, debe presumirse conforme al Tratado. Sin embargo, el comentado laudo del 8 de julio de 2016 recordó que tal deferencia no siempre ha sido reconocida (párrafos 291 y siguientes):

“El principio según el cual el ejercicio racional y de buena fe del poder de policía del Estado en materias como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye compensación incluso cuando ocasiona daños a un inversión, con lo cual las medidas tomadas para esos fines no deben ser consideradas como expropiatorias, no encontró reconocimiento en las decisiones arbitrales. Pero una línea consistente orientada a diferenciar el ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta surgió después del 2000”.

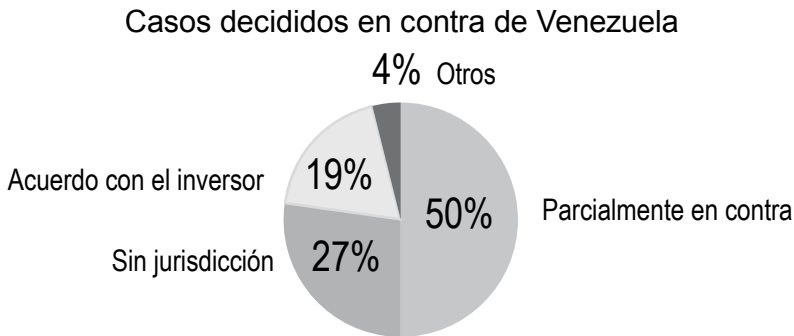
De esa manera, el Tribunal Arbitral reiteró la aplicación del margen de deferencia, al considerar que *“la responsabilidad por medidas de salud pública descansa en el Gobierno y los Tribunales de Inversión deben reconocer una amplia deferencia a las decisiones del Gobierno en aspectos domésticas como la protección de la salud pública”*. Tal grado de deferencia llevó al Tribunal a considerar que las medidas administrativas cuestionadas no eran arbitrarias o desproporcionales, con lo cual, no violaban el estándar del trato justo y equitativo (párrafo 399).

Este enfoque evidencia los cambios producidos en el sistema de arbitraje internacional de inversiones, que luce hoy como un sistema más consolidado, que reconoce la necesidad ponderar debidamente la soberanía del Estado sede para regular la actividad del inversor. Esta deferencia a favor del Estado sede aplica de manera especial ante medidas derivadas del poder de policía en temas de “orden público”, como sucede especialmente con la protección de la salud.

VII. LA EXPERIENCIA DE VENEZUELA EN EL ARBITRAJE CIADI: ¿SE HA PROTEGIDO SU DERECHO A REGULAR?

La experiencia de Venezuela con el arbitraje internacional de inversiones CIADI ha sido bastante reciente. De esa manera, Venezuela ha mantenido, en total, cuarenta y tres (43) casos ante el CIADI, lo que lo coloca como el segundo Estado más demandando ante el CIADI, solo debajo de Argentina, que mantiene un total de cincuenta y tres (53) casos. Ahora bien, de esos cuarenta y tres (43) casos, Venezuela mantiene en curso veintiséis (26), mientras que diecisiete (17) casos contra Venezuela han terminado definitivamente. A su vez, de los veintiséis (26) casos en curso, nueve (9) han sido ya decididos, pero se encuentran en revisión. Esto quiere decir que, en total, se han decidido veintiséis (26) casos en contra de Venezuela ante el CIADI.

Las estadísticas de esos veintiséis (26) casos son las siguientes: en trece (13) casos el Estado venezolano ha sido condenado, aun cuando el Tribunal no concedió todas las pretensiones requeridas por el inversor. En siete (7) casos, el Tribunal decidió que no tenía jurisdicción para conocer del reclamo. Cinco (5) casos han concluido por acuerdos entre Venezuela y el inversor, mientras que un (1) caso ha concluido por falta de pago de los derechos correspondientes. Es decir, que a la fecha, Venezuela ha perdido el cincuenta por ciento (50%) de los casos que en su contra se han presentado ante el CIADI:



Fuente: CIADI y cálculos propios.

De los trece (13) casos en los cuales Venezuela ha sido condenada, se ha determinado el monto de pagar en doce (12). En el caso restante, ese monto fue diferido para una posterior decisión que no se ha dictado a la fecha. La suma de las condenas totales en contra de Venezuela ante el CIADI asciende a la cantidad de siete mil doscientos noventa y dos millones ochocientos cincuenta y nueve mil trescientos dos dólares con catorce céntimos (US\$ 7.292.859.302,14). Es importante advertir que (i) esa suma incluye las condenas por indemnización y costos del arbitraje incluidos en el laudo; (ii) no incluye otros conceptos no determinados en el laudo, como los intereses y (iii) las cifras han sido sumadas a valores históricos, de acuerdo con la fecha de emisión de los laudos.

Ahora bien, si repasamos los cuarenta y seis (46) que Venezuela ha mantenido ante el CIADI, puede apreciarse que la gran mayoría de estos casos se iniciaron a partir del 2006. En especial, entre el 2010 y el 2012 se registraron más de la mitad de todos los casos, en concreto, veintitrés (23) casos. ¿Qué factores pudieron haber influenciado en este súbito crecimiento? Hay, cuando menos, dos elementos determinantes.

El *primero* fue el inicio de la política de nacionalizaciones, expropiaciones y ocupaciones a la propiedad privada que el Gobierno venezolano comenzó a ejecutar con intensidad a partir de 2006, en el llamado modelo de transición al socialismo. Si reparamos en los sectores en los cuales se han presentado solicitudes de arbitraje en contra del Estado venezolano, podremos comprobar cómo se trata de sectores en los cuales el Gobierno ejecutó esas políticas. En especial, encontramos casos relacionados con las políticas de expropiaciones ejecutadas en los sectores de la agroindustria (nueve casos); minas (ocho casos) e hidrocarburos (ocho casos). Otro sector relevante es cemento, acero y hierro, con cinco casos.

La *segunda* causa es la denuncia de Venezuela a la Convención CIADI, realizada en 2012, y que se hizo efectiva el 25 de julio de ese año. Ante las dudas sobre la viabilidad de reclamaciones arbitrales ante el CIADI luego de esa fecha, los inversores optaron por presentar casos ante el CIADI, aceptando así la oferta de arbitraje del Estado venezolana contenida en el correspondiente Tratado. Ello permite explicar, también, por qué luego del 2012 han disminuido los casos ante el CIADI, con apenas siete (7) casos presentados.

De la revisión integral de los casos que contra Venezuela se han presentado ante el CIADI, puede concluirse que el resultado ha sido bastante balanceado. Por un lado, como vimos, Venezuela ha perdido la mitad de los casos, y en todos ellos, el Tribunal solo ha reconocido parcialmente el reclamo del inver-

sor. En muchos casos ello se ha traducido en una disminución sensible del monto de la indemnización reclamada.

De otro lado, los casos en los cuales se ha concluido que Venezuela violó el TBI aplicable, no se han basado en la valoración del mérito u oportunidad de la medida adoptada por el Estado venezolano, sino más bien, en el cumplimiento objetivo de los estándares de revisión establecidos en el Tratado, muy en especial, el estándar expropiatorio. En relación con ese estándar, se observa que –como regla– los Tribunales Arbitrales han orientado su examen a determinar si ha habido expropiación y, de ser, el caso, si esa expropiación estuvo precedida de la previa indemnización. Es este, sin duda, el estándar que con mayor frecuencia viola el Estado venezolano, pues las medidas que han dado lugar a reclamos arbitrales no han estado precedidas de la previa indemnización.

Incluso, hay casos en los cuales el Tribunal ha considerado que la medida adoptada por el Estado venezolano sí atiende al interés general, simplemente, partiendo de una valoración deferente del concepto de utilidad pública. En otros casos, el análisis del Tribunal ha considerado violaciones específicas, típicamente, relacionadas con violación del derecho al debido procedimiento o la violación al principio de proporcionalidad.

De hecho, en los casos decididos en contra de Venezuela con ocasión a las políticas iniciadas en 2006, se puede concluir que el único punto a discutir ha sido la indemnización, y no tanto la existencia de una expropiación. En algunos casos esa expropiación había sido formalmente acordada, mientras que en otro se trató de la revocatoria de contratos, lo que constituye igualmente un caso de expropiación.

La visión del Gobierno de Venezuela ha sido otra. Así, la denuncia a la Convención CIADI se fundamentó en la incompatibilidad general del arbitraje internacional con la soberanía del Estado para adoptar medidas económicas, lo que pretendió

justificarse en el artículo 151 de la Constitución. Por su parte, la Asamblea Nacional, en Acuerdo de 26 de junio de 2012, ratificó que el Convenio CIADI atentaba contra de la soberanía nacional. Asimismo, se ha cuestionado la falta de parcialidad del CIADI, al punto que Venezuela ha promovido la conformación de un Centro de Arbitraje en el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Tal visión quedó reflejada en la Ley de Inversiones Extranjeras, de 2014, cuyo artículo 5 dispone que, como principio general, las inversiones extranjeras *“quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes”*. Se deja a salvo, sin embargo, la participación del Estado en *“mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe”*.

La posición crítica del Gobierno venezolano en contra del arbitraje internacional, especialmente en contra del CIADI, responde a la posición tradicional de Latinoamérica, que se opuso a la creación de ese Centro en 1965. Ello, sin duda, es resultado del legado de la doctrina Calvo, que ha inspirado en toda Latinoamérica –y especialmente en Venezuela– una posición de desconfianza hacia el arbitraje internacional.

Asimismo, algunas de las críticas que el Gobierno Venezolano ha expuesto coinciden con la tesis que ha señalado la crisis de legitimidad del arbitraje internacional de inversiones. Asimismo, el argumento del Gobierno de Venezuela, en cuanto a la necesaria defensa de su soberanía para intervenir en la economía, coincide –al menos en parte– con la preocupación relacionada con la protección del derecho a regular.

No obstante lo anterior, las críticas que el Gobierno venezolano ha expuesto –y que fueron resumidas en los fundamentos a la denuncia de la Convención CIADI– no se compadecen con los resultados que demuestran las estadísticas. Como vimos, los resultados de los casos decididos en contra de Venezuela

demuestran que el sistema es balanceado. Asimismo, los criterios que han mantenido los Tribunales Arbitrales en los casos decididos en contra de Venezuela no han desconocido el derecho a regular del Estado venezolano. Y en cuanto a la indemnización, ésta –como regla– ha resultado ser inferior al monto total reclamado.

La denuncia a la Convención CIADI, por ello, pareció responder a una crisis puntual. Lo cierto es que Venezuela no ha denunciado los TBI suscritos, y solo en un caso –Reino de los Países Bajos– ha optado por no renovar el Tratado. Con lo cual, el efecto práctico de la denuncia a la Convención CIADI es bastante reducido, pues en suma, la oferta de arbitraje contenida en los TBIs vigentes se mantiene, lo que permite a cualquier inversor –al cual aplique el TBI– aceptar esa oferta presentando el correspondiente reclamo ante el CIADI. Como sea que el Estado de la nacionalidad y Venezuela no serán Estados partes del CIADI, el reclamo sería tramitado por el “Mecanismo Complementario” del Centro.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL FUTURO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Superada la “crisis” derivada del súbito incremento del arbitraje internacional de inversiones a inicios del presente siglo, la tendencia parece ser a la consolidación del sistema arbitral. Así, hoy día pueden afirmarse tres conclusiones que, a inicios de siglo, no resultaban claras:

- En *primer lugar*, puede concluirse que el arbitraje no es simplemente un instrumento orientado a promover la inversión extranjera directa. De hecho, que esa inversión resulte favorecida depende de diversos factores, y no solo de la existencia de los AIIs. En realidad, el verdadero propósito del arbitraje internacional es otro: ese

arbitraje forma parte de los controles globales que promueven el Estado de Derecho y la gobernanza democrática.

- En *segundo lugar*, el arbitraje internacional de inversiones no puede funcionar como una modalidad del arbitraje comercial internacional. Hay una diferencia importante entre el arbitraje basado en contratos públicos y el arbitraje basado en Tratados: mientras que el primero se limita a controversias contractuales, el segundo permite controlar cualquier medida del Estado. Por ello, el arbitraje de inversiones basado en Tratados debe dar mucha más relevancia a la aplicación de los principios generales de Derecho Público Comparado (especialmente, de Derecho Administrativo), como parte del Derecho Internacional aplicable de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- En *tercer y último lugar*, el arbitraje internacional de inversiones debe procurar el equilibrio entre el derecho a regular del Estado y los derechos del inversor. Para ello es necesario que el arbitraje tome en cuenta los principios generales de Derecho Público Comparado, pues solo esos principios permitirán precisar, adecuadamente, la aplicación de los estándares de protección del inversor al caso concreto. De esa manera, si revisamos los laudos arbitrales, podremos ver cómo, en el fondo, los Tribunales Arbitrales aplican principios como la justa indemnización; la proporcionalidad; la interdicción a la arbitrariedad y la confianza legítima. Se trata no solo de principios reconocidos en el Tratado aplicable, sino también, de principios generales de Derecho Administrativo, que mediante el método del Derecho Comparado, permitirían precisar la interpretación de los estándares de protección en un entorno mucho más predecible y estable, todo lo cual redundará a favor de la mejor aplicación de los TBIs por los Estados.

Sin embargo, y quizás como reacción a la crisis del inicio del siglo, la tendencia actual parece orientarse hacia la protección reforzada del derecho a regular del Estado sede, como lo pone en evidencia el caso ya comentado de *Morris Brands Sàrl y otros en contra de Uruguay* (CIADI No. ARB/10/7), en el cual se estableció una suerte de presunción de conformidad con el Tratado, que solo requiere determinar si la medida adoptada por el Estado atiende a un fin que, según el Derecho doméstico, es de interés general. La indebida aplicación de este criterio podría permitir negar el derecho a la indemnización del inversor, cada vez que el Estado compruebe que, de acuerdo con su Derecho, la medida económica adoptada atendía a un fin de interés general.

En nuestra opinión, esta indebida aplicación desvirtuaría al arbitraje internacional de inversiones, pues como regla, los casos arbitrales tenderían a ser desestimados. En realidad, aun manteniendo la deferencia hacia el Estado sede en cuanto a las medidas económicas que éste puede adoptar, lo cierto es que la correcta aplicación del Tratado debe tomar en cuenta principios generales del Derecho Administrativo, como la proporcionalidad o la interdicción a la arbitrariedad, a fin de procurar un sistema efectivamente balanceado y no, como reacción, un sistema de amplia deferencia a favor del Estado.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Burke-White, William y Von Staden, Andreas, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2015*, Organización de Naciones Unidas, 2015.

- Diehl, Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012.
- Henckels, Caroline, "Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration", en *Journal of International Economic Law*, N° 15, 2012.
- Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016.
- Kläger, Roland, *Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Oxford University Press, 2011.
- Maekelt, Tatiana, "Tratados Bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.
- McLachlan, Campbell, et al, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2008.
- Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.
- Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.
- Rondón de Sansó, Hildegard, *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas, 2012.
- Schill, Stephan W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

Shirlow, Esmé, "Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis", en *ICSID Review* N° 29, 2014.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010.

Titi, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, 2014.

Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008.

Wälde, Thomas, "The Specific Nature of Investment Arbitration", en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (editores), *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Weiler, Todd, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Yannaca-Small, Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008.