

INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES
DE INVERSIÓN Y LEGISLACIÓN NACIONAL
POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES
EN MATERIA DE INVERSIÓN.
CASO MOBIL CORPORATION *ET AL.* VS. VENEZUELA*

Irene Gabriela GARCÍA CORONA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Caso Mobil Corporation et al. vs. venezuela-hechos relevantes.* III. *Reglas de interpretación de tratados en derecho internacional.* IV. *Decisión del tribunal arbitral caso Mobil Corporation vs. Venezuela.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existen más de 2600 acuerdos para la promoción y protección de las inversiones (APPRI) y los flujos de capital relacionados con la inversión extranjera directa (IED) alrededor del mundo a pesar de descender en 2009 a raíz de la crisis económica mundial vaticinan un incremento para finales de 2010 a 1.2 billones de dólares.¹ Más del 50% de dicho capital es destinado a países en transición y en desarrollo.² El gran flujo de capital alrededor del mundo no se realiza ajeno a conflictos originados entre inversores extranjeros y Estados. El arbitraje internacional es uno de los medios alternos de solución de controversias preferidos por los inversores extranjeros y ofrecido por los Estados. En este contexto, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es de notable importancia en

* *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al. vs. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID caso no. ARB/07/27, decisión a la jurisdicción, 10 junio 2010. En adelante citado como caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*.

** Candidata a doctora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Para cualquier comentario al respecto se agradece sean enviados a igaby@yahoo.com.

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2010*, Naciones Unidas, Ginebra, Julio 2010, página xvii.

² UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo 2010, Naciones Unidas, Ginebra, http://www.unctad.org/sp/docs/wir2010overview_sp.pdf, agosto 2010, página 7.

la conducción de procedimientos arbitrales inversor-Estado. Al 31 de agosto de 2010 había 201 casos concluidos y 123 casos pendientes, de los cuales 18 fueron registrados en 2010.³

Los tribunales arbitrales formados en el seno del CIADI, el cual fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante Convenio de Washington),⁴ y de su Mecanismo Complementario,⁵ se confrontan prácticamente en la totalidad los procedimientos arbitrales con la interpretación de tratados internacionales y otras normas, las cuales pueden ser leyes nacionales que repercuten directamente en la controversia internacional, por ejemplo, las leyes de inversión nacionales. A pesar de la existencia de la regla de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT);⁶ no existe consenso respecto al sistema de interpretación de tratados internacionales y legislación nacional relevante que debiera utilizarse. El presente artículo pretende proporcionar un acercamiento respecto a los métodos interpretativos más recurridos por los tribunales arbitrales conformados en el seno del CIADI, ya sea bajo la Convención de Washington o su mecanismo complementario, a través del análisis del caso *Mobil Corporation et al. vs. Venezuela*, así como reflejar la importancia de la práctica interpretativa de leyes nacionales que repercuten directamente en la controversia internacional. Finalmente realizaremos una breve evaluación al respecto.

II. CASO MOBIL CORPORATION ET AL. VS. VENEZUELA-HECHOS RELEVANTES

La controversia versó en el marco del Acuerdo para el Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la

³ Véase CIADI, List of ICSID cases, www.worldbank.org/icsid, agosto de 2010.

⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965.

⁵ El Mecanismo Complementario del CIADI fue creado en 1978. El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Véase <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>, septiembre de 2010.

⁶ En adelante también citada como Convención de Viena. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor el 27 de enero, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, mayo de 2010.

República de Venezuela,⁷ firmado el 22 de octubre de 1991, en vigor el 1 de noviembre de 1993,⁸ al respecto, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje el 6 de septiembre de 2007 contra Venezuela. Dicha solicitud fue presentada por tres compañías estadounidenses,⁹ dos compañías de las Bahamas¹⁰ y una holandesa.¹¹

Bajo la legislación venezolana, la naturaleza estratégica de la industria petrolera está regulada por el artículo 302 constitucional.¹² En 1975 se nacionalizó la industria y únicamente dejó cabida a inversiones privadas en dos casos:

1) Bajo el esquema de acuerdos de operación, los cuales serían simples contratos de servicio, y 2) mediante acuerdos de asociación, los cuales únicamente eran permisibles en “casos especiales”, y únicamente serían válidos si una entidad estatal o compañía estatal contaba con participación accionaria que garantizara el control de ésta por el Estado (venezolano) y sólo si dicho contrato ha sido aprobado por el Congreso.¹³

⁷ Hoy República Bolivariana de Venezuela, en adelante citada como Venezuela.

⁸ En adelante APPRI Venezuela-Países Bajos, *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela*, firmado el 22 de octubre de 1991 en la Ciudad de Caracas, en vigor el 14 de septiembre de 1993. Dicho Tratado fue denunciado por Venezuela en abril de 2008. Véase Luke Peterson, E., *International Arbitration Reporter* N1, V 1, 16 de mayo de 2008. Venezuela gave notice of its intention to withdraw from the BIT in order to avoid the treaty's automatic renewal for an extension period of 10 years, at <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>, septiembre 2010; Ramirez Quijada, Ramón, The “survival clause” In the Netherlandsvenezuelan Bit: A salvation gateway for Foreign Investment In the oil sector or a curse for the venezuelan government?, Dundee University, <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?category=13&pg=10>, septiembre de 2010. Una versión enmendada del APPRI, aunque sin firma y fecha de las partes contratantes puede consultarse en la página web de la Organización de Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/ciyindex/VEN/VENBITs_s.asp, septiembre de 2010.

⁹ A saber *Mobil Corporation* (Mobil), *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd.* (Mobil CN Holding) y *Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Ltd.* (Mobil Venezolana Holdings).

¹⁰ A saber *Mobil Cerro Negro, Ltd.* (Mobil CN) y *Mobil Venezolana de Petróleos, Inc.* (Mobil Venezolana).

¹¹ *Venezuela Holdings, B.V.* (Venezuela Holdings).

¹² “Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico...”.

¹³ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 16; Véase también artículo 303 “Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del

En este contexto fue creada la empresa petrolera venezolana *Petróleos de Venezuela* (PDVSA). En los años noventa se presentó una política de apertura petrolera a la inversión extranjera mediante la cual los inversores extranjeros podían participar en la industria petrolera venezolana. En este contexto se celebró un acuerdo el 28 de octubre de 1997 entre *Lagoven Cerro Negro S.A.* (ahora *PDVSA Cerro Negro, S. A.*, en adelante *PDVSA CN*), una subsidiaria de *PDVSA* y *Veba Oel Venezuela Orinoco GMBH (Veba)*, empresa incorporada en Alemania y *Mobil Producción e Industrialización de Venezuela, Inc. (MPIV)*, una empresa estadounidense incorporada en Delaware, para la producción y extracción de crudo extra pesado en la Faja del Orinoco. En palabras de lo relatado por el tribunal arbitral en la sección de hechos, “dicho acuerdo no creaba relación contractual alguna con la República (Bolivariana de Venezuela) y no imponía restricción alguna al derecho del gobierno para ejercer su autoridad sobre la industria petrolera”.¹⁴ Dicho acuerdo únicamente preveía compensación a las contrapartes por *Lagoven* (hoy *PDVSA CN*) en el supuesto de que ciertas acciones gubernamentales llamadas en el contrato como “Medidas Discriminatorias” resultaran de un “impacto material adverso”, sujeto a un tope de compensación, en cuyo caso, las disputas que surgiesen entre las partes serían gobernadas por el derecho venezolano y sujetas a arbitraje frente a la Cámara Internacional de Comercio (ICC).¹⁵

En 1995 el congreso venezolano aprobó diversos acuerdos de “reparto de utilidades”, en cuyo marco fue celebrado el acuerdo “La Ceiba” fechado el 10 de julio de 1997. Hasta el 7 de junio de 2007 *Mobil Venezolana* fue una de las partes contratantes de dicho acuerdo.¹⁶

En 2001 fue adoptada una nueva ley de hidrocarburos y a partir de octubre de 2004 el gobierno venezolano adoptó diversas medidas con el fin de regular la industria petrolera. Así, las tarifas por concepto de derechos fueron incrementadas de manera sucesiva a partir de octubre de 2004. En mayo de 2006 los impuestos por extracción se incrementaron un tercio más, quedando en 33%. En agosto de 2006, el impuesto por concepto de ingre-

ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de *Petróleos de Venezuela, S.A.*”.

¹⁴ *Idem*, párrafo 17. *Cf.*: “The agreement... did not create any “contractual relationship with the Republic and imposed no restriction on the right of the Government to exercise its authority over the petroleum industry”. En este punto no entraremos al estudio de si un acuerdo de este tipo crea obligaciones internacionales entre el Estado Venezolano y los inversores extranjeros.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 18.

sos fue incrementado en un 50% entre otras medidas. Así el 8 de enero de 2007 el presidente de la República, Hugo Chávez, anunció que todos los proyectos que operaran fuera del marco de la Ley de Hidrocarburos de 2001, incluidos los de Cerro Negro y la Ceiba serían nacionalizados.¹⁷ Mediante el decreto del 26 de febrero de 2007 se dictó la transformación de las asociaciones en compañías mixtas (decreto de nacionalización), el cual fue aprobado por la Asamblea Nacional y que por supuesto, incluía los dos proyectos en cuestión.

En medio de todos los cambios de la industria petrolera venezolana las demandantes crearon una nueva empresa en los Países Bajos en octubre del 2005 llamada *Venezuela Holdings*, la cual fue incorporada a los proyectos en 2006.

Como resultado de la reestructuración se creó una pirámide de empresas controladoras unas de otras, teniendo como resultado final el control de dos terceras partes de la asociación Cerro Negro¹⁸ y del 50% de los intereses de la asociación de la Ceiba.¹⁹ Relevante al caso es que el control originario de la empresa recaía en manos de la empresa madre *Mobil* (Delaware), con incorporación y control en los Estados Unidos quien realmente ejercía el control sobre el resto de empresas a través de *Venezuela Holdings* (Países Bajos).

Las cuestiones de relevancia para el presente fueron dos relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral:

- 1) Basada en el decreto venezolano con fuerza de ley núm. 356 para la promoción y protección de las inversiones del 3 de octubre de 1999 (en adelante ley venezolana de inversión o LVI).²⁰
- 2) Basada en el APPRI Venezuela Países Bajos.²¹

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 19.

¹⁸ *Mobil* (Delaware) era accionista del 100% de la nueva empresa, *Venezuela Holdings*, la cual a su vez era propietaria al 100% de *Mobil C/N Holding* (Delaware), la que a su vez controlaba al 100% a *Mobil C/N* (Bahamas), la que a su vez representaba dos terceras partes de la Asociación Cerro Negro.

¹⁹ *Venezuela Holdings* era propietaria al 100% de *Mobil Venezolana Holdings* que a su vez era propietaria al 100% de *Mobil Venezolana* quien finalmente era propietaria al 50% de las acciones de La Ceiba.

²⁰ Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, decreto no. 356 del 3 de octubre de 1999, publicado en la Gaceta Extraordinaria no. 5.390 del 22 de octubre de 1999.

²¹ *Op. cit.*

III. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN DERECHO INTERNACIONAL

Al hablar de interpretación jurídica, interpretar quiere decir adscribir, atribuir un significado a un texto jurídico normativo, y esta atribución tiene lugar con base en argumentos particulares los cuales llamaremos métodos interpretativos.²²

En la historia del derecho internacional todos los tribunales internacionales se han confrontado inevitablemente con este tópico que es parte intrínseca de su actuar judicial para determinar su jurisdicción y la sustancia de sus fallos. El trabajo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) se ha valido desde sus inicios de la interpretación de los tratados, tanto en los casos que ha resuelto, como en las opiniones consultivas emitidas. La interpretación de los tratados es de vital importancia en la construcción de la jurisprudencia internacional que puede llegar a convertirse en costumbre internacional,²³ la cual deberá tomarse en cuenta y aplicarse por los tribunales internacionales.

1. *Las partes como intérpretes originales de los tratados*

Como primera premisa es necesario destacar que las partes contratantes son las interpretadoras originarias del acuerdo internacional que convinieron. Un ejemplo de ello son las notas interpretativas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN) realizadas respecto de algunas de las disposiciones contenidas en su capítulo XI, por México, Estados Unidos y Canadá.²⁴

En el marco del TLCAN los paneles que se conforman para dirimir controversias están obligados a aplicar los significados acordados en las notas

²² Vito, Velluzzi, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. 1, 1998, p. 68.

²³ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos para la conformación de la costumbre internacional: (a) duración; (b) Uniformidad, consistencia de la práctica; (c) generalidad de la práctica y la (d) *opinio juris et necessitatis*. Véase Malanczuk, Peter, *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Nueva York, Routledge Chapman & Hall, 1997, pp. 39-47.

²⁴ TLCAN. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, 31 de julio de 2001, http://www.economia.gob.mx/?P=5500_5502, mayo 2010.

interpretativas del mismo y el derecho internacional.²⁵ Con la finalidad de evitar abusos y contradicciones respecto de la aplicación del concepto “derecho internacional” a los conflictos del TLCAN en controversias en las que versaron complicaciones de este tipo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en julio de 2001 notas interpretativas relativas a varios preceptos del tratado. El precepto relevante al caso es la aclaración de lo que significa el contenido del artículo 1105 (1) Del TLCAN “nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional” y se especificó que el artículo 1105 (1) no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el *derecho internacional consuetudinario*.²⁶ Lo anterior fue acordado por los ministros de México, Estados Unidos y Canadá por la preocupación que tuvieron, pues en algunas controversias del TLCAN se presentaban interpretaciones muy liberales del precepto citado, lo que no reflejaba la intención de las partes²⁷ cuando redactaron dicho artículo y que tuvo que ver en concreto con los casos *Methanex*²⁸ y *Metalclad*.²⁹ La declaración sostuvo: “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. Con ello las partes consiguieron que mediante la adición del término “consuetudinario”, término no incluido en la redacción del artículo 1105, y las declaraciones antes citadas, el nivel de trato a que refiere dicho precepto sea la

²⁵ TLCAN. Artículo 1131. “Derecho aplicable.

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del *derecho internacional* (énfasis añadido).

2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.”

²⁶ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. 31 de julio de 2001, http://www.economia.gob.mx/?P=5500_5502, mayo 2010.

²⁷ En la práctica no es sencillo que las partes se sienten en la mesa para redactar clarificaciones respecto del significado y alcance de tal o cual precepto. Evidentemente es una cuestión de voluntad política.

²⁸ *Methanex vs. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI (TLCAN), Primer Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, para su consulta en: <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf>. También citado como: caso *Methanex vs. USA*.

²⁹ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso *Metalclad*, párrafos 65, 66, 70.

aplicación del estándar desarrollado en la costumbre internacional y que se excluyan obligaciones incluidas en otros acuerdos.

Así, en todo momento las partes pueden realizar un acuerdo en lo concerniente a la interpretación del tratado. Este tipo de prácticas se presentan, por lo general, en el contexto y como resultado de las “prácticas subsecuentes de la aplicación de un tratado”, las cuales claramente deben establecer el acuerdo de todas las partes involucradas respecto a la interpretación de determinadas normas de dicho instrumento.³⁰ Es necesario recalcar que la aplicación interpretativa de una norma específica realizada por las partes, será de carácter vinculante para los tribunales arbitrales internacionales, es decir, obligatoria.

2. Interpretación de los tratados derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados recoge los principios interpretativos desarrollados hasta el momento de su celebración por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y su sucesora la Corte Internacional de Justicia en sus artículos 31 y 32.³¹ Así, citaremos en primera instancia la regla de interpretación derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

³⁰ Véase artículo 31 (3) de la Convención de Viena; *cf.* cita no. 171.

³¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor el 27 de enero, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, mayo de 2010.

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los preceptos enunciados con anterioridad siguen al pie de la letra los “*Draft Articles on the Law of Treaties*”³²(borrador del derecho de los tratados en adelante) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Las fuentes que constituyen la regla general de interpretación (en adelante regla) de ningún modo aparecen de manera jerárquico. Por el contrario, los elementos de la regla representan una unidad, por tanto, podemos deducir que la aplicación correcta del método interpretativo contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena será la conjunción y comprobación de cada uno de sus párrafos, a los que llamaremos elementos, para lograr una interpretación íntegra. En este orden de ideas, las disposiciones del artículo 31 constituyen una regla rigurosa integrada por varios elementos.³³

Por otra parte, el término “contexto”, contenido en el segundo párrafo del artículo 31 es designado para conectar todos los elementos de interpretación mencionados en este párrafo a la palabra “contexto” contenida en el párrafo primero y con ello incorporarlo a dicha disposición. Además, la frase abierta contenida en el tercer párrafo “junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta”, es designada para incorporar al párrafo primero los elementos de interpretación contenidos en el párrafo tercero. Sí la disposición

³² United Nations. International Law Commission. Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, pp. 117-118, artículos 27 y 28, http://untreaty.un.org/ilc/texts/I_1.htm, mayo de 2010.

³³ United Nations. International Law Commission. Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, pp. 119-120, http://untreaty.un.org/ilc/texts/I_1.htm, mayo de 2010.

del párrafo cuarto es de distinto carácter a los tres anteriores, la palabra “especial” sirve para indicar su relación con la regla del párrafo primero.³⁴

Así lo retomó el tribunal arbitral en el caso *Chevron vs. Ecuador*³⁵ que al respecto estableció:

... el tribunal debe, tal como lo requiere la “regla general de interpretación” del artículo 31 de la CVDI, interpretar las disposiciones de los ABIs de buena fe conforme al sentido corriente (*ordinary meaning*) que haya de atribuirse en su contexto y a la luz del objeto y propósito de los ABIs. El “contexto” que es referido en el párrafo primero del artículo 31 otorga una definición específica en el segundo párrafo del artículo 31 y comprende tres elementos: (i) el texto del ABI, incluido el preámbulo; (ii) cualquier acuerdo entre las partes del ABI en conexión con su celebración; y (iii) cualquier instrumento realizado por una de las partes del ABI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del ABI. El “significado corriente”... aplicará a menos que se haya dado un significado especial a un término, siempre y cuando lo hayan previsto las partes del ABI, tal como lo establece el párrafo cuarto del artículo 31.³⁶

Respecto al artículo 32, medios de interpretación complementarios de la Convención de Viena, la palabra “complementario” (*supplementary*) enfatiza que esta disposición no es un medio de interpretación alterno autónomo, sino un medio de ayuda a la regla de interpretación del artículo 31. Por lo tanto, en los casos en que el sentido corriente de las palabras contenidas en un tratado sea claro y tenga sentido con el contexto del mismo, no habrá ne-

³⁴ United Nations. International Law Commission. Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, pp. 119-120, http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_1.htm, mayo de 2010.

³⁵ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, APPRI USA-Ecuador, partial award on the merits, 30. marzo 2010. También citado como caso *Chevron vs. Ecuador*.

³⁶ *Chevron vs. Ecuador*, párrafo 161. Cfr. Original: “the Tribunal must, as required by the “General rule of interpretation” of Article 31 VCLT, interpret the BIT’s provisions in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to them in their context and in light of the BIT’s object and purpose. The “context” referred to in the first paragraph of Article 31 is given a specific definition in the second paragraph of Article 31 and comprises three elements: (i) the BIT’s text, including its preamble; (ii) any agreement between the parties to the BIT in connection with its conclusion; and (iii) any instrument which was made by one of the parties to the BIT in connection with its conclusion and accepted by the other party to the BIT. The “ordinary meaning” as defined above applies unless a special meaning is to be given to a term if it is established that the parties to the BIT so intended, as it is stated in the fourth paragraph of Article 31”.

cesidad de acudir a otros medios de interpretación; por el contrario, en caso de no haberlos o de no estar claro el sentido corriente o el contexto no deje clara la intención de las partes, podrá acudirse a los “*travaux préparatoires*”.³⁷ Así lo confirmó la CIJ en su opinión consultiva en la que aclaró que no debe acudirse a los trabajos preparatorios en el caso de admisión de un Estado a las Naciones Unidas y añadió: “La Corte considera que el texto es suficientemente claro; en consecuencia siente que tendría que derivar de la práctica consistente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, conforme a la cual no hay motivo para recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la convención es suficientemente claro”.³⁸ En el caso *Chevron vs. Ecuador* el tribunal arbitral adoptó los medios complementarios de interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena y agregó:

El tribunal puede recurrir a los medios complementarios de interpretación (i) para confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 de la CV, o (ii) cuando la interpretación dada conforme al artículo 31 de la CV deje ambiguo u oscuro, o conduzca a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Esos medios complementarios de interpretación incluyen el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su celebración. Así, los medios de interpretación complementarios del artículo 32 sólo se utilizarán si las situaciones arriba mencionadas se producen.³⁹

En este orden de ideas, deberá acudirse al artículo 32 de la Convención de Viena para utilizarse como un medio coadyuvante de interpretación de

³⁷ United Nations. International Law Commission. Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, p. 222, http://untreaty.un.org/ilc/texts/I_1.htm, mayo de 2010.

³⁸ Cfr. original “*The Court considers that the text is sufficiently clear; consequently it does not feel that it should derivate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself.*”; I.C.J., Pleadings, Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), *I.C.J. Reports*, 1948, p. 63, Véase también “*The Court considers the provision sufficiently clear; consequently, it follows the constant practice of the Permanent Court of International Justice and holds that there is no occasion to resort to preparatory work to interpret its meaning.*”, International Court of Justice, *Conditions of Admission of a State to membership in the United Nations (article 4 of the Charter), Advisory Opinion of 28 may 1948*, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=2e&case=3&code=asun&p3=5>, mayo de 2010.

³⁹ *Chevron vs. Ecuador*, párrafo 162.

la regla contenida en el artículo 31 de la Convención⁴⁰ si así lo requiere el caso en concreto.⁴¹

3. *Métodos interpretativos inmersos en la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena*

Si ha quedado claro que la regla de interpretación derivada del artículo 31 de la Convención de Viena es un todo, nos habrá quedado claro cuáles son los métodos interpretativos inmersos en esa regla. Los métodos interpretativos derivados de la Convención de Viena se rigen por la doctrina del sentido corriente que encierra tres de ellos, (1) la llamada interpretación gramatical, literal, textual o natural; (2) la interpretación sistemática, y (3) la interpretación teleológica. Como lo mencionamos con anterioridad, dichos principios funcionarán como un todo jurídico encerrado en la doctrina del sentido corriente y se tratarán en los siguientes puntos. La doctrina del sentido corriente encierra además el principio de contemporaneidad, el *ejusdem generis* y el *expressio unius est exclusio alterius*. Según el principio de contemporaneidad, el lenguaje del tratado debe ser interpretado a la luz de las reglas generales de derecho internacional en vigor ubicado en el momento de su celebración y a la luz del significado contemporáneo o actual de los términos empleados en éste.⁴² Como ejemplo tenemos el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos en el cual el tribunal apuntó que “es necesario tomar en cuenta el significado de la palabra

⁴⁰ Competencia de la Asamblea General para Admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas, CIJ, opinión consultiva, 3 de marzo 1950, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, caso núm. 2, pp. 13 y 14; Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4 de la Carta), CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo 1948, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991”, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, caso núm. 2, pp. 5 y 6; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta. ed., Oxford, 2003, p. 606.

⁴¹ Véase p. e., Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, Ser. A/B50, p. 380; *Bankovic and Others vs. Belgium and 16 other Contracting States*, *European Court of Human Rights, decision of admissibility, application no. 52207/99 of 12 december 2001*, párrafos 63-65.

⁴² Véase, por ejemplo, Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11.

«controversia» en el momento en que los dos tratados fueron celebrados».⁴³ Por otra parte, la doctrina del sentido corriente (*ordinary meaning*) envuelve la premisa de que un significado diferente al del sentido corriente puede ser establecido, pero el partidario de un significado especial tendrá la carga de la prueba.⁴⁴ Este principio encierra además (1) la doctrina *eiusdem generis* en el sentido de la presunción lógica de que palabras generales seguidas o quizás precedidas de palabras especiales son limitadas al género indicado por las palabras especiales, y (2) el principio *expressio unius est exclusio alterius*, el cual se refiere a que la mención expresa de un asunto excluye otros asuntos.⁴⁵

A. Aproximación textual: sentido natural y corriente (*natural and ordinary meaning*)

La llamada interpretación textual, gramatical, natural e incluso literal, está recogida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena, la cual prevé que:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado... De esta frase cabe abstraer dos cuestiones: primera, no debe interpretarse lo que no requiera interpretación;⁴⁶ segunda, se debe dar sentido corriente, es decir natural, a los preceptos contenidos en un tratado.⁴⁷

La Comisión y el Instituto de Derecho Internacional opinan que la intención de las partes expresada en el texto del tratado es la mejor forma de saber la intención que éstas tuvieron al respecto y saber sobre las materias que éstas quisieron regular.⁴⁸ El texto será la mejor guía sobre la última intención de las partes. Sin embargo, hay que ser precavidos en este punto, pues el empleo aislado de la interpretación textual o literal podrá utilizarse

⁴³ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, p. 189.

⁴⁴ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta. ed., Oxford, 2003, p. 604.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Hersch, Lauterpacht, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *Brit. Y.B. Int'l L* 1949, núm. 26, Oxford University Press, Gran Bretaña, reinpr. 1980, p. 48.

⁴⁷ Hersch, Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, núm. IV, t. 152, Sijthoff y Noordhoff, Países Bajos, 1976, p. 417.

⁴⁸ Es necesario mencionar que también existe el enfoque alterno, el cual contempla la intención de las partes como una base independiente de interpretación.

en pocas ocasiones, puesto que generalmente las controversias sobre interpretación de una norma son de una complejidad tal que la sola lectura de las disposiciones no daría solución a problemas interpretativos en la mayoría de los casos.⁴⁹ No sería prudente pensar que la función de la interpretación de los tratados consistirá en determinar que la intención de las partes es un proceso divorciado de la aplicación y desarrollo del derecho internacional consuetudinario.⁵⁰ Lauterpacht opina que saber sobre la “intención de las partes” requiere una investigación más profunda, y “no es una tarea que pueda ser resuelta únicamente con los medios de interpretación lógica o gramatical”.⁵¹ La interpretación gramatical podrá utilizarse únicamente en casos simples que requieran labor interpretativa simple, tal fue el caso de la opinión consultiva de la CPJI respecto a la Interpretación de la Convención de 1919 Relativa al Trabajo de Mujeres durante la Noche.⁵²

En el caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*, el tribunal arbitral tuvo que confrontarse con la interpretación de la ley venezolana de inversión⁵³ para saber si era competente para conocer del caso, dicha competencia sería otorgada según el artículo 22 de la LVI que establecía:

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

A la vista saltan las faltas en la redacción de dicho precepto, las cuales seguramente se debieron a confusiones en la concepción de la propia norma —además de la escasa técnica jurídica—, dichas fallas se tradujeron en el

⁴⁹ Hersch, Lauterpacht, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals”, p. 418.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁵¹ *Cfr.* Hersch, Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958, p. 27.

⁵² Véase *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, Ser. A/B50, pp. 365-390.

⁵³ *Op. cit.*

caso concreto en opiniones encontradas de las partes respecto a cómo debía interpretarse dicha norma nacional.

En primera instancia hay que señalar que las leyes nacionales son declaraciones unilaterales de los Estados, así, el tribunal arbitral decidió interpretar la norma respecto a su concepción como declaración unilateral para su sometimiento al CIADI a la luz de la interpretación del derecho internacional. Al respecto añadió:

It is on the basis of those rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of a treaty that this Tribunal will now proceed to the interpretation of Article 22 of the Investment law.⁵⁴

Además completó su posición al agregar que:

... the fact that domestic law and the international law of treaties are not controlling or dispositive does not mean that they should be completely ignored:

As stated in the preceding paragraphs, when tribunals interpret unilateral acts, they must have due regard to the intention of the State having formulated such acts. In this respect domestic law may play a useful role.

Although the law of treaties as codified in the Vienna Convention is not relevant in the interpretation of unilateral acts, the provisions of that Convention may “apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character of unilateral acts.”⁵⁵

Al desmembrar el artículo 22 de la LVI encontramos lo siguiente: en la primer parte de éste “Las controversias que surjan *entre un inversionista internacional*”⁵⁶ después de la frase uno esperaría encontrarse con “y el Estado o una de sus entidades de Estado” o algo similar, porque la existencia de la palabra “entre” exige siempre la existencia de dos partes. Así el Tribunal arbitral decidió que dicha falta debería completarse a la luz de los APPRI celebrados por Venezuela, así “*a priori* esto debería ser construido para cubrir disputas originadas entre un inversor internacional y Venezuela a los que les sean aplicables los APPRI”.⁵⁷ De este modo decidió completar el sentido de la norma utilizando la analogía derivada del APPRI relevante al caso.

⁵⁴ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 95.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 96; *Fisheries Jurisdiction* (España vs. Canadá), ICJ Reports 1998, pp. 453-454, párrafos 46- 49.

⁵⁶ Lamentamos que en la LVI existe el término “inversionista internacional” cuando sentimos que el término correcto sería “inversor extranjero”.

⁵⁷ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 103.

Al continuar con la lectura de la norma puede deducirse que ésta aplica a tres tipos de controversias: *i*) a las disputas entre un inversor extranjero cuyo país de nacionalidad haya firmado un APPRI; *ii*) a las disputas a las cuales le sean aplicables la Convención de la MIGA, y *iii*) disputas a las cuales les sean aplicables la Convención del CIADI. En este tenor, el tribunal arbitral nota que se dejan a un lado las partes de la controversia.⁵⁸

Otro problema crucial se presentó respecto a la tercera parte del confuso párrafo del artículo 22 que dice “serán *sometidas al arbitraje internacional*”, y aparentemente dicho sometimiento está ligado a ciertas condiciones, la primera sería, *a) en los términos del respectivo tratado o acuerdo, y b) si así éste lo establece.*⁵⁹

Como vemos, será imposible dejar la interpretación de dicho precepto en manos de la interpretación gramatical, por lo que es necesario acudir a otros métodos interpretativos. Es de esperarse que el tribunal arbitral haya llegado a la misma conclusión, así, utilizó otros métodos interpretativos contenidos en la regla de interpretación de la Convención de Viena, tal como lo veremos adelante.

B. *La interpretación teleológica*

Respecto a la segunda parte del primer párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena: “Un tratado deberá interpretarse... en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*” puede desprenderse que el principio de sentido corriente (*ordinary meaning*) está regido por el principio de integración, lo cual quiere decir que el significado de la norma debe emerger del contexto del tratado como un todo y a la luz de su objeto y fin. El objeto y fin del tratado será el elemento teleológico.

La interpretación teleológica es un método interpretativo necesario para abstraer el sentir de las partes, y valorar si la norma analizada cumple con el objeto y fin que éstas se plantearon cuando celebraron el tratado en cuestión.⁶⁰

Las partes le darán determinada forma y contenido a la norma, traducida en un tratado internacional, y cuidarán que su contenido incluya los objetivos que ésta persigue y las soluciones que quiere alcanzar con la misma.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 102.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafos 102-111.

⁶⁰ Rojas Amandi, Víctor, “La interpretación del derecho de la Unión Europea”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 32, Sección de Previa, 2002, p. 501.

En este sentido, la interpretación teleológica de una norma deberá orientarse hacia aquellas finalidades y metas que inspiran e iluminan a todas y cada una de sus cláusulas, como un todo orgánico y sistemático. La labor del árbitro no consistirá en crear la norma, porque esa tarea ya la habrán realizado las partes al celebrar el tratado, la labor del árbitro será pues, crear la interpretación que contribuirá a darle vida a la norma o tratado internacional.⁶¹ La norma que se pretende interpretar no será sólo la internacional, sino puede tratarse de disposiciones nacionales que inciden directamente en el conflicto internacional. De este modo, en el caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*⁶² las partes no coincidieron con la interpretación que debía darse al artículo 22 de la ley venezolana de inversión, en particular si este precepto era considerado como consentimiento unilateral ofrecido por el gobierno venezolano para someter su controversia ante el CIADI. Para continuar con el análisis del caso queremos retomar lo afirmado por Rojas Amandi:

La determinación del objetivo de una ley mediante la interpretación teleológica, significa interpretación con base al objetivo relevante de un ordenamiento. Debido a que el sentido del objetivo de una ley se vincula con relaciones sociales que se encuentran inmersas en un acontecer histórico y evolutivo, se deben de considerar en una interpretación teleológica la evolución de las correspondientes relaciones de vida. Si... la determinación del objetivo de la ley forma parte de la labor interpretativa, la consideración de la significación económica, política y social de la ley a ser interpretada, constituye una de las exigencias básicas de la aplicación del derecho.⁶³

Para lograrlo el intérprete puede asirse del efecto útil (*effet utile*) de la norma. Esto es, la interpretación se debe concentrar en la búsqueda de soluciones que hagan posible producir los efectos que los autores de la norma o tratado quisieron que se produjeran. En caso de ser necesario, el juez o árbitro debe buscar la significación del precepto más allá del texto escrito; dicho de otro modo, el juez o árbitro debe acudir a la llamada interpretación efecti-

⁶¹ Fontecilla, Rafael, “Los Problemas”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Cuarta Época, vol. III, años 1961-1963, núm. 3, primera parte, http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D7575%2526ISID%253D21,00.html, mayo de 2010.

⁶² Véase por ejemplo el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. vs. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID caso no. ARB/07/27, decisión a la jurisdicción, 10 junio 2010. También citado como caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*.

⁶³ Rojas Amandi, Víctor, “La interpretación del derecho de la Unión Europea”, p. 501.

va de la norma, también conocido como principio de efectividad.⁶⁴ Otros tribunales arbitrales en el seno del CIADI se han remitido al principio de interpretación teleológica y han puesto especial énfasis al principio de efectividad de la norma, por ejemplo, en el caso *Noble Ventures vs. Rumania*.⁶⁵ El mismo tribunal arbitral apunta que el objeto y propósito de la norma apunta rumbo al principio de efectividad, aunque no será permisible optar por una regla interpretativa que sea siempre a favor del inversor extranjero, esta se justificará si de no hacerlo, la disposición interpretada perdiera todo valor y sentido, en pocas palabras, se volcaría en letra muerta.⁶⁶

⁶⁴ La PCIJ y la CIJ han aplicado en múltiples ocasiones el principio de efectividad de las normas contenidas en los tratados. Por ejemplo, en la opinión consultiva de *Acquisition of Polish Nationality* la PCIJ extendió la protección del Tratado de Minorías (*Minorities Treaty*) a personas que no eran nacionales polacos, en palabras de la Corte “si este no fuera el caso, el valor y esfera de aplicación del Tratado sería disminuido enormemente (*If this were not the case, the value and sphere of application of the Treaty would be greatly diminished*)”, cfr. *Acquisition of Polish Nationality*, PCIJ, series B, núm. 7, p. 17; Otro ejemplo se presenta en la opinión consultiva en *Minority Schools in Albania* en la que la Corte negó atribuir un sentido literal a la interpretación de la cláusula que estipulaba tratamiento equitativo “*an interpretation the result of which would have been that the clause would become a weapon by which the State could deprive the minority regime of a great part of its practical value*”, cfr. PCIJ, Series A/B, núm. 64, p. 182.

⁶⁵ En el caso *Noble Ventures vs. Rumania*, ICSID Case No. ARB/01/11, award, 12, octubre de 2005. También citado como caso *Noble Ventures vs. Rumania*. El tribunal arbitral utilizó y reconoció la importancia del principio de efectividad, pero lo ha concebido como un método separado de la Regla derivada de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Así, el tribunal arbitral apuntó “Debe hacerse referencia al artículo 31 *et seq.* de la Convención de Viena que refleja el Derecho Internacional consuetudinario respecto a la interpretación de los tratados. De conformidad con ésta, los tratados deben ser interpretados de buena fe y de conformidad con el sentido corriente que deba de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado, mientras se cuenta con un recurso suplementario de medios de interpretación, incluido el trabajo preparatorio y las circunstancias de celebración, únicamente con el objeto de confirmar el significado resultante de la aplicación de los métodos de interpretación antes mencionados. De igual forma debe hacerse referencia al principio de efectividad (*effet utile*), el cual, juega también un rol importante en la interpretación de los tratados.”, párrafo 50.

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 52. “The *object and purpose* rule also supports such an interpretation. While it is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified. Considering, as pointed out above, that any other interpretation would deprive Art. II (2) (c) [an umbrella clause] of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness, also applied by other Tribunals in interpreting BIT provisions...”.

Al volver a nuestro caso de análisis, *Mobil Corporation vs. Venezuela*, el tribunal arbitral analizó la interpretación del ya mencionado artículo 22 de la ley venezolana de inversión a la luz del *effet utile*. Además éste se remite a lo reconocido por la CIJ respecto al principio de efectividad de la norma, “el principio de efectividad juega un papel importante en el derecho de los tratados”, tal como lo estableció la Corte en el caso *Eureka vs. Polonia* “es regla fundamental de la interpretación de los tratados que toda y cada cláusula del tratado deba ser interpretada como significativa más que insignificante”.⁶⁷ Sin embargo, el tribunal deberá comprobar si este principio es igualmente aplicable a la interpretación de declaraciones unilaterales de un Estado, tal como lo es el artículo 22 de la LVI. Aquí se encuentra el punto vertebral del análisis del tribunal arbitral y sienta su posición conforme a lo establecido por la CIJ. Existen dos posiciones respecto a cómo deben interpretarse las declaraciones unilaterales, la primera, es la defendida por el tribunal arbitral en el caso *SPP vs. Egipto*,⁶⁸ respecto al cual el tribunal aboga por el principio de efecto útil de la norma, en el sentido de lo establecido por la Convención de Viena en su artículo 31. Diferente a lo decidido por la CIJ quien en el caso *Fisheries*⁶⁹ decidió que el principio de efectividad no debe ser tomado en cuenta en la interpretación de declaraciones unilaterales de los Estados, sino debe ser interpretada de manera compatible con el efecto buscado por el Estado que la emitió, al respecto apuntó: “For such declaration «what is referred to in the first place... is that it should be interpreted in a manner compatible with the effect sought» by the State making it”.⁷⁰ El tribunal arbitral asiente con lo resuelto por la CIJ en el sentido de interpretar la LVI conforme a lo resuelto por la CIJ, es decir, interpretada de manera compatible con el efecto que Venezuela quiso dar al artículo 22 de la ley venezolana de inversión, para ello deberá considerar el contexto, las circunstancias de su preparación y el propósito de ésta, para poder determinar cuál fue la intención de Venezuela respecto a dicho precepto.⁷¹ Interesante es observar la posición del tribunal arbitral, quien por un lado opina que los vacíos de

⁶⁷ *Eureka BV vs. Poland*, ICJ, partial award and dissenting opinion, 19 de agosto de 2005, párrafo 248. Cfr. “It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless”.

⁶⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, decision on jurisdiction and dissenting opinion, 14 de abril de 1988. También citado como *SPP vs. Egipto*, párrafos 95-96.

⁶⁹ *Fisheries jurisdiction* (Spain vs. Canada), ICJ, ICJ Reports 1998, p. 455, párrafo 52.

⁷⁰ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 118.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 119.

la norma en cuestión deben llenarse conforme a lo establecido en APPRI celebrados por Venezuela, en especial en lo establecido por el APPRI Venezuela Países Bajos, y por otra parte, señala que el vacío interpretativo de declaraciones unilaterales de la demandada (Venezuela) no puede ser realizado conforme al método teleológico a través del principio de efectividad de la norma, sino conforme a este método aviniéndose a la intención que el Estado tuvo y el efecto que éste quiso dar a la norma en cuestión, es decir, desde el punto de vista del contexto nacional venezolano. De este modo, el tribunal arbitral continúa con su razonamiento ateniéndose en primera instancia a los propósitos y fines perseguidos por la propia LVI, así se remitió a lo establecido en el artículo 1o. de ésta el cual prevé:

Este decreto Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional.

En efecto, la LVI a través del artículo 1o. establece una cláusula general de prohibición de trato discriminatorio entre inversores nacionales y extranjeros y las inversiones de ambos.

Además dicha ley contiene por un lado, preceptos muy similares a los contenidos en un APPRI,⁷² sin embargo, también contiene una serie de preceptos que son atípicos en los APPRI, por ejemplo, el artículo 5o. primer párrafo establece:

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

⁷² LVI, artículo 2, ámbito temporal de aplicación de la ley; artículo 3, definiciones; artículo 6, trato justo y equitativo a inversores e inversiones internacionales; artículo 7, trato nacional a inversores extranjeros; artículo 8, trato no discriminatorio; artículo 9, trato de la nación más favorecida a inversores extranjeros; artículo 11, confiscaciones y expropiación; etcétera.

Respecto a la parte adjetiva de la ley, el tribunal arbitral comenzó con el análisis del contexto en que se encontró redactado el artículo 22 de la LVI como lo analizaremos a continuación haciendo uso de la interpretación sistemática de la norma,⁷³ con el fin de determinar si el Estado venezolano a través de la redacción de dicho precepto otorgó o no su consentimiento abierto para someterse a la jurisdicción de CIADI en el sentido del consentimiento requerido por el artículo 25 (1) del Convenio de Washington⁷⁴ en relación con el numeral 24 del Informe de los directores ejecutivos acerca del convenio,⁷⁵ el cual establece que:

... El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, *un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.*⁷⁶

C. La interpretación sistemática

La interpretación de una norma se complementará y profundizará mediante el análisis del sentido de la disposición que pretenda interpretar en relación con las demás disposiciones del sistema jurídico del que forma parte. Mediante la interpretación sistemática se pretende abstraer información sobre el significado y alcance de una disposición, para ello, la norma debe

⁷³ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafos 125 y ss.

⁷⁴ Convenio de Washington, artículo 25 (1) “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado” (énfasis añadido).

⁷⁵ CIADI, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, resolución núm. 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>, septiembre 2010.

⁷⁶ Énfasis añadido.

ser considerada dentro de un sistema o contexto, es decir, la norma o disposición debe ser ubicada dentro del sistema jurídico del que forma parte.⁷⁷ La coherencia es una de las expresiones típicas de la interpretación sistemática y se utiliza con el fin de hacer congruente el sistema jurídico, es decir, para evitar las antinomias y las contradicciones normativas en general.⁷⁸

Este método interpretativo está inmerso en el artículo 31 de la Convención de Viena al hablar del “contexto”, el cual examinaremos a continuación.

— El “contexto” que debe ser usado para la adecuada interpretación de un tratado

Respecto al término “contexto” incluido en el artículo 31 de la Convención de Viena el cual prevé: “Un tratado deberá interpretarse... en el contexto de estos...” podemos advertir lo que sigue. El mismo precepto hace advertencia a lo que se entiende por contexto, para estos efectos contexto comprenderá, además del (i) texto, incluidos su preámbulo y anexos;⁷⁹ (ii) cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y los documentos relacionados con su celebración que hayan sido concertados por las partes, y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.⁸⁰ Para el caso concreto de los APPRI podemos resumir que el contexto de ellos incluirá:

- a) El texto del APPRI, incluido el preámbulo y anexos.
- b) Cualquier acuerdo entre las partes del APPRI en conexión con su celebración.
- c) Cualquier instrumento realizado por una de las partes del APPRI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del APPRI.⁸¹

⁷⁷ Albert, Bleckmann, *Europarecht*, Berlín, Heymanns, 1990, p. 127.

⁷⁸ Vito, Velluzzi, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. 1, 1998, pp. 72, 80-81; Rojas Amandi, Víctor, “La interpretación del derecho de la Unión Europea”, p. 500.

⁷⁹ Véase por ejemplo *Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, decision on jurisdiction, 21, octubre de 2005. También citado como caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, párrafos 239, 240, 242.

⁸⁰ Véase artículo 31 (2) de la Convención de Viena; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta. ed., Oxford, 2003, p. 605.

⁸¹ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, APPRI USA-Ecuador, partial award on the

La CIJ en múltiples ocasiones ha utilizado el contexto de un tratado para determinar el alcance interpretativo de una norma concreta, por ejemplo, en el caso relativo a los derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos, el tribunal aclaró “este principio (*economic liberty without any inequality*), en aplicación a Marruecos, ya había sido bien establecido, al ser reafirmado por la conferencia e insertado en el preámbulo del Acta de 1906”.⁸² En otra cuestión planteada en el mismo caso, la CIJ resolvió acerca del acta de Algeciras que “la interpretación de las disposiciones del acta debe tomar en cuenta sus propósitos, los cuales son plasmados en el preámbulo”,⁸³ además agregó con el fin de aclarar la existencia de la jurisdicción consular o para confirmar los derechos o privilegios del régimen de capitulaciones derivados del contenido del acta de Algeciras “ni los trabajos preparatorios ni el *preámbulo*⁸⁴ dan el mínimo indicio de tal intención”.⁸⁵

Si volvemos al caso que nos atañe, *Mobil Corporation vs. Venezuela*, podremos acercarnos al sentido de lo establecido en el artículo 22 de la LVI al analizar el contexto en el que dicha ley fue emitida, esto con el fin de aclarar las oscuridades y ambigüedades en la redacción de la misma y comprobar si dicho artículo otorgaba o no el consentimiento del Estado venezolano en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio de Washington en relación con el numeral 24 del Informe de directores, como una *invitatio ad oferendum* a cualquier inversor extranjero que cumpliera con lo previsto en el artículo 25 del Convenio de Washington.

El tribunal arbitral analizó la posición que el Estado venezolano tenía *vis-à-vis* el arbitraje,⁸⁶ al respecto recordó que Venezuela tuvo experiencias con procedimientos arbitrales a finales del siglo XIX y principios del XX los cuales generaron hostilidad dentro del país respecto a la realización de este tipo de medios alternos de solución de controversias. En especial recuerda los conflictos fronterizos con Colombia⁸⁷ y con la ahora República de

merits, 30, marzo 2010. También citado como caso *Chevron vs. Ecuador*, párrafo 161.

⁸² Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, página 184. El tribunal además explicó claramente el contexto del caso en la misma parte del fallo.

⁸³ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, página 197.

⁸⁴ Énfasis añadido.

⁸⁵ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, página 198.

⁸⁶ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafos 124.

⁸⁷ *Affaire des frontières Colombo-vénézuéliennes* (Colombie contre Vénézuéla) del 24

Guyana,⁸⁸ los cuales fueron resueltos a favor de sus contrapartes. Recuerda además el arbitraje *ad hoc* resultado de la intervención militar de Alemania, Italia y el Reino Unido con el fin de hacer efectivos ciertos créditos contractuales⁸⁹ y que produjo como resultado la creación de la doctrina Drago⁹⁰ traducida en la Convención de 1907 sobre la limitación del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales,⁹¹ que a su vez favoreció la inserción de la cláusula Calvo en contratos de concesión, celebrados con el Estado venezolano mediante la cual los inversores extranjeros se comprometen a no solicitar protección diplomática de su país de origen.⁹² Este recuento del tribunal arbitral es interesante, sin embargo debemos señalar que esa era la atmósfera que imperó en América Latina hasta los años ochenta aproximadamente. Por lo tanto, para poder contextualizar el alcance del artículo 22 de la LVI tenemos que remitirnos a la fecha en que ésta se expidió. Recordamos que en los años noventa, Venezuela, como otros países latinoamericanos, presentó una apertura a su política de inversión extranjera; en este contexto, Venezuela ratificó el Convenio de Washington el 2 de mayo de 1995 con efectos al 1 de junio del mismo año. Para el año 1999, fecha en que entró en vigor la LVI, Venezuela tenía en vigor 16 APPRI con diversos

marzo de 1922, Reports of International Arbitral Awards of the United Nations, vol. I, pp. 223-298.

⁸⁸ *Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela*, 3 de octubre 1899, Reports of International Arbitral Awards of the United Nations, vol. XXVIII, Nueva York, 2006, pp. 331-340.

⁸⁹ *The Venezuelan Preferential Case* (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela *et al.*), del 24 de febrero de 1904, Corte Permanente de Arbitraje en, Reports of International Arbitral Awards of the United Nations, vol. IX, New York, 2006, pp. 99-110.

⁹⁰ Propuesta por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien condenó la intervención germano-anglo-italica a Venezuela en nota diplomática del 29 de diciembre de 1902 por cobro de deudas contractuales y públicas. En realidad Venezuela ha participado en un gran número de arbitrajes internacionales. Véase Reports of International Arbitral Awards of the United Nations, <http://untreaty.un.org/cod/riaa/states/venezuela.htm>.

⁹¹ Convención sobre la limitación del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, firmada en La Haya el 18 de octubre de 1907, declaraba la necesidad de acudir a un procedimiento de arbitraje, permitiéndose la guerra sólo en el caso de que el Estado deudor se negara a seguir dicho proceso o lo hiciera inefectivo. Véase http://www.minbuza.nl/en/Key_Topics/Treaties/Search_the_Treaty_Database?isn=003317, septiembre de 2010.

⁹² *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 125.

países⁹³ incluidos los Países Bajos, es decir, Venezuela contaba para entonces con cierta experiencia en la celebración de tratados internacionales⁹⁴ en los que se insertaron cláusulas arbitrales que otorgaban jurisdicción al CIADI.⁹⁵

Respecto al contexto nacional, en la Constitución venezolana de 1999⁹⁶ del artículo 253 al 261 se describe el Poder Judicial y el sistema de justicia venezolano. Así, el artículo 253, párrafo 3, reconoce:

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, *los medios alternativos de justicia...*

El tribunal arbitral además recuerda que el artículo 258, párrafo 2, constitucional venezolano prevé “la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.⁹⁷

⁹³ A saber con: Argentina 1993, Barbados 1995, Canadá 1998, Chile 1995, República Checa 1996, Dinamarca 1996, Ecuador 1995, Alemania 1998, Lituania 1996, Países Bajos, 1993, Paraguay 1997, Portugal 1995, España 1997, Suecia 1998, Suiza 1994 y Reino Unido 1996. En la actualidad Venezuela tiene 19 APPRI en vigor, con Uruguay 2002, Belgo-Luxemburgués, Francia 2004 y 5 que solo están firmados. Véase ICSID Database of Bilateral Investment Treaties, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, septiembre de 2010.

⁹⁴ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo. 130.

⁹⁵ Por ejemplo; APPRI Venezuela-Argentina, artículo 11, nr. 3 (a); APPRI Venezuela-Costa Rica, artículo 11, Nr. 2 (a); APPRI Venezuela-Ecuador, artículo 9, núm. 10 (aunque Ecuador denunció el Convenio de Washington el 6 de julio del 2009 y no es miembro desde el 7 de enero del 2010); APPRI Venezuela-Barbados, artículo 8, núm. 1; APPRI Venezuela-Lituania, artículo 7, nr. 2; APPRI Venezuela-Uruguay, artículo 9, párrafo 3; APPRI Venezuela-Paraguay, artículo 9, núm. 3; APPRI Venezuela-República Checa, artículo 8, nr. 2; APPRI Venezuela-Belgo-Luxemburgués, artículo 9, núm. 3; APPRI Venezuela-Canadá, artículo XI, nr. 4 (a) CIADI y (b) mecanismo complementario, pues Canadá no ha ratificado su adhesión al Convenio de Washington; APPRI Venezuela-Dinamarca, artículo 9, núm. 2 (a); APPRI Venezuela-Francia, artículo 8, núm. 2; APPRI Venezuela-Alemania, artículo 10, núm. 2; APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 9, núm. 1; etcétera.

⁹⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 15 de diciembre de 1999, publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

⁹⁷ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 126.

Por otra parte, el artículo 155 constitucional venezolano prevé la obligación de solución pacífica de controversias de cualquier conflicto internacional en los siguientes términos:

En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes *se obliguen a resolver por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas*,⁹⁸ si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración.

Hasta este punto vemos que a nivel Constitucional está reconocido el arbitraje como medio alternativo de controversia. Sin embargo, los artículos 151 y 152 constitucionales venezolanos muestran cierta renuencia a esta corriente de apertura a la inversión extranjera y prevén:

Artículo 150. La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá *la aprobación de la Asamblea Nacional* en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional...

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, *sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.*

En este tenor nos separaremos de lo dicho por el tribunal en varios de sus razonamientos, comenzando por una narración de las declaraciones realizadas por el entonces embajador de Venezuela frente a la Organización Mundial del Comercio, señor Werner Corrales, en 1999, quien coordinó la redacción de la LVI, pues era, en primera instancia, ingeniero de profesión y por otra parte no fue él en lo personal quien redactó la ley, sino la dejó a cargo del jurista Gonzalo Capriles, consultor legal del Instituto de Comercio Exterior, y porque no existen trabajos preparatorios previos a la redacción de la ley, además de que dicha ley es un decreto expedido por el ejecutivo con la única refrenda de los ministros del interior y justicia, de relaciones exteriores, de finanzas, de la defensa, por el encargado del ministerio de la

⁹⁸ Énfasis añadido.

producción y el comercio y por el ministro de educación, cultura y deportes, de modo tal, que no pasó por el recinto legislativo, lo que podría explicar su falta de técnica legislativa.

Siguiendo esta lógica, estamos de acuerdo con el resultado al que llegó el tribunal arbitral, sin embargo consideramos que su argumentación dejó a un lado los indicios contenidos en la propia LVI, respecto a los cuales hubiera podido dejar claro la intención que tuvo el Ejecutivo respecto a la redacción del artículo 22 de la obviada ley. A pesar de que el tribunal arbitral no lo menciona en su decisión, el artículo 7o., párrafo segundo, de la LVI encuentra conexión con los dos preceptos constitucionales antes citados en el siguiente sentido: artículo 7o., párrafo segundo: “Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique”.

Tal como se describió en la exposición de los hechos relevantes al caso,⁹⁹ en nuestro caso de estudio la controversia versa sobre dos contratos de interés público, así que los preceptos constitucionales 151 y 152 les son aplicables, pero no olvidemos responder nuestra cuestión clave, que es, si la redacción del artículo 22 otorga o no una *invitatio ad offerendum* a cualquier inversor extranjero que quiera incoar una controversia en contra de Venezuela.

A pesar de la gran falta de técnica jurídica en la redacción del precepto 22 de la obviada ley de inversión, encontramos otros indicios dentro de la LVI que apuntan a que el Ejecutivo venezolano no pretendió ofrecer una cláusula unilateral de consentimiento a la jurisdicción del CIADI, sino en los casos en que existiera un tratado internacional que así lo previera como foro para solucionar sus conflictos.

Primero, nos remitiremos a lo contenido en el artículo 5o. de la LVI que a la letra dice:

*Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto Ley.*¹⁰⁰

Párrafo primero: No obstante lo previsto en los artículos 8° y 9° del presente Decreto Ley, *las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutará sólo de la protección concedida por este Decreto Ley, hasta*

⁹⁹ Supra, II. *Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela*, hechos relevantes.

¹⁰⁰ Énfasis añadido.

cuando entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen,¹⁰¹ que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.

Ahora tenemos que recordar lo establecido por el artículo 22 y su rebuscada redacción la cual intentaremos simplificar:

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones... serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo si así éste lo establece...

Así, si interpretamos el artículo 22 en conexión con lo contenido en el artículo 5o. en su preámbulo y párrafo primero encontraremos que existe una relación directa entre la intención de otorgar un trato más favorable a inversores extranjeros cuyos países de origen tengan celebrado un tratado o acuerdo de inversión con Venezuela, más aún, en la redacción del artículo 22 encontramos la frase “*serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo si así éste lo establece*”. Si interpretamos la ley en su conjunto, sería opuesto a lo dispuesto por el artículo 5o. de la ley pensar que se otorgaría un trato igualmente favorable en términos procesales a cualquier inversor de cualquier Estado que fuera miembro del CIADI, cuyo Estado de origen no hubiera firmado un acuerdo o tratado de inversión con Venezuela.

Expuesto lo anterior y al tomar en cuenta el contexto constitucional, internacional y nacional venezolano no puede concluirse que la intención de Venezuela al redactar el artículo 22 de la LVI fue ofrecer una *invitatio ad offerendum* a su consentimiento a la jurisdicción del CIADI para que cualquier inversor extranjero cuyo país de nacionalidad sea miembro del Convenio de Washington pudiera incoar una demanda en su contra.

El tribunal arbitral en el caso *ejusdem* decidió declinar su jurisdicción basada en el artículo 22 de la LVI.¹⁰²

Finalmente proponemos una redacción del precepto 22 de la LVI¹⁰³ la cual evitaría conflictos interpretativos y en su caso otorgaría mayor claridad y seguridad jurídica en el siguiente tenor:

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 140.

¹⁰³ Citamos el artículo 22 de la LVI para su confrontación con la versión propuesta.

“Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional¹⁰⁴ y República Bolivariana de Venezuela (Venezuela), cuando el país de la nacionalidad¹⁰⁵ del inversionista tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo internacional,¹⁰⁶ podrán ser sometidas al arbitraje internacional en los términos del (1) Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (IMGI-MIGA) o del (2) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando dicho tratado o acuerdo internacional así lo establezca; sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

Para finalizar es conveniente señalar que el tribunal arbitral en el caso que nos atañe, *Mobil Corporation vs. Venezuela*, se declaró competente para co-

de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”.

¹⁰⁴ Sería más apropiado el término “inversor extranjero”, sin embargo nos atenemos a los términos en los cuales está redactada la LVI, en especial a lo contenido en su artículo 3 (2) y (4).

“Artículo 3. A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por: ...

(2) inversión internacional: La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión subregional, a la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina.

...

(4) Inversionista Internacional: El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle...”.

¹⁰⁵ Consideramos que el concepto “país de origen”, puede traer complicaciones cuando se realiza la prueba de la nacionalidad efectiva, pues un inversor puede tener un país de origen distinto a la nacionalidad efectiva. Véase por ejemplo *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*, ICSID Case No. ARB/02/07, award, 7. Juli 2004. También citado como caso *Soufraki*, párrafo 24.

¹⁰⁶ Puede tratarse de un Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones o cualquier Acuerdo internacional de Inversiones, tal como un Tratado de Libre Comercio.

nocer del caso en los términos del artículo 9o. del APPRI Venezuela-Países Bajos, en los términos que se analizarán más adelante.¹⁰⁷

4. *La interpretación restrictiva e interpretación efectiva*

Existe una corriente interpretativa que sugiere que los tratados deben interpretarse de forma restrictiva de modo tal que se limite al mínimo la intromisión a la soberanía de los Estados parte. Esta doctrina, a nuestro parecer, está en lo incorrecto tomando en cuenta que la celebración de los tratados y la consecuente capacidad de los Estados para celebrar tratados no significan de ningún modo una intromisión a su soberanía, sino por el contrario, el ejercicio de ésta. Esta posición parece bastante elocuente y autores como Lauterpacht,¹⁰⁸ Schreuer¹⁰⁹ y González de Cossío¹¹⁰ son partidarios de dicho pensamiento, el cual ha sido aplicado de manera reiterada por la CIJ desde hace años, corriente doctrinal a la que nos sumamos. Dicho pensamiento parece plausible si recordamos el actuar del Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional público y los múltiples compromisos internacionales por medio de los cuales ejerce su soberanía. La posición anterior es apoyada por el fallo en el caso *Wimbledon*¹¹¹ frente a la CPJI, el cual versó en torno a la interpretación del artículo 380 del Tratado de Versalles que establecía que el canal de Kiel y sus inmediaciones debían mantenerse libres y abiertas a los navíos comerciales y de guerra en tiempos de paz con Alemania y en términos de igualdad. En palabras de la Corte:

La corte rechaza ver la conclusión de cualquier Tratado, por el cual un Estado asume llevar a cabo o abstenerse de llevar a cabo un acto particular, un abandono de su soberanía. Sin duda cualquier convención creadora de una

¹⁰⁷ Infra, IV.

¹⁰⁸ Lauterpacht, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, p. 61.

¹⁰⁹ Schreuer, C., “Interpretation of Treaties by Domestic Courts, *BYIL*, núm. 45, 1971, pp. 283-301.

¹¹⁰ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, México, Porrúa, 2010, pp. 275-281, quien recoge lo dicho por Oppenheim: “*La independencia no es la libertad ilimitada de un Estado para hacer lo que quiera*. El hecho que un Estado sea un miembro de la comunidad internacional restringe su libertad de acción como resultado de las diversas reglas del Derecho Internacional consuetudinario que lo vinculan y como resultado de las diversas obligaciones derivadas de tratados que le afectan en la administración de sus asuntos internacionales”.

¹¹¹ *Wimbledon*, PCIJ, judgment, 17, series A, núm. 1, agosto de 1923.

obligación de este tipo coloca una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que ésta requiere ser ejercida de un modo determinado. Pero el derecho a adquirir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado.¹¹²

Otra cuestión sería analizar si el Estado ejerce su soberanía de manera responsable y es consciente de las obligaciones adquiridas al entrar en compromisos internacionales.¹¹³

En opinión encontrada Brownlie explica que en algunos casos la PCIJ decidió que para los casos en que las decisiones impliquen una limitación a la soberanía del Estado deberá aplicarse una interpretación restrictiva de los tratados. En cualquier caso, este tipo de interpretación no deberá entorpecer la interpretación textual del tratado.¹¹⁴ En los casos en que se presente la regulación de derechos y privilegios territoriales, apunta Brownlie, el principio operará. En estos casos no se trata de un auxiliar de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena, sino de un principio independiente de interpretación.¹¹⁵ A pesar de lo recabado por Brownlie, la Corte ha hecho hincapié en que la sola interpretación restrictiva no puede aplicarse sino únicamente en los casos en que los otros métodos interpretativos han fallado¹¹⁶ —lo cual consideramos que es muy improbable—.¹¹⁷ Además este principio no está acogido por la Convención de Viena.¹¹⁸ Sin embargo, y a pesar de sus inconvenientes, este principio es aplicado en la práctica por tribunales arbitrales internacionales, ejemplo de ello es lo expresado por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *Noble*

¹¹² *Wimbledon*, PCIJ, judgment, 17 agosto 1923, series A, núm. 1, p. 25.

¹¹³ Cuestión que no será estudiada en la presente investigación.

¹¹⁴ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, PCIJ, series B, núm. 8, p. 40.

¹¹⁵ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, 2003, p. 606.

¹¹⁶ Este argumento fue expuesto por la Corte en el caso *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, PCIJ, series A, núm. 23, p. 26. “This argument, though sound in itself, must be employed only with the greatest caution. To rely upon it, it is not sufficient that the purely grammatical analysis of a text should not lead to definite results; there are many other methods of interpretation, in particular, reference is properly had to the principles underlying the matter to which the text refers; it will be only when, in spite of all pertinent considerations, the intention of the Parties still remains doubtful, that interpretation should be adopted which is most favorable to the freedom of States”.

¹¹⁷ Véase el caso *Postal Service in Danzig*, PCIJ, serie B, núm. 8, p. 40.

¹¹⁸ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta. ed., Oxford, 2003, p. 606.

Ventures vs. Rumania,¹¹⁹ el cual se manifestó respecto de la interpretación de la cláusula paraguas y su interpretación restrictiva de la forma siguiente:

55. Así, una cláusula paraguas, cuando es incluida en un acuerdo bilateral de inversión, introduce una excepción a la obligación general de separación de las obligaciones internacionales y municipales bajo el derecho internacional. En consecuencia, como cualquier otra excepción a las reglas de derecho establecidas. La identificación de una disposición como la “cláusula paraguas” (*umbrella clause*) puede proceder únicamente de forma estricta, sino en efecto restrictiva...

5. *Aplicación de la regla interpretativa de la Convención de Viena por los tribunales arbitrales internacionales en inversión y otros métodos interpretativos*

Los métodos interpretativos encerrados en la regla de interpretación de la Convención de Viena no dejan de ser, a su vez, métodos de interpretación independientes. Sin embargo, hemos observado que con frecuencia los tribunales arbitrales internacionales de inversión utilizan la regla de la Convención de Viena, aunque ponen especial énfasis en ciertos elementos contenidos en ella. Exceptuando los acuerdos internacionales de inversión (AII) en los que se hace referencia explícita a los tribunales arbitrales sobre la aplicación obligatoria del derecho internacional y las notas interpretativas relativas a disposiciones específicas, como es el caso del TLCAN¹²⁰ o del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, CAFTA (por sus siglas en inglés),¹²¹ los tribunales arbitrales podrán utilizar cualquier método interpretativo existente.

En el caso del CAFTA su artículo 10.22 (1) hace una referencia a la obligación de aplicar el derecho internacional y los preceptos del propio tratado

¹¹⁹ *Noble Ventures vs. Rumania*, ICSID Case No. ARB/01/11, award, 12 de octubre de 2005. También citado como caso *Noble Ventures vs. Rumania*.

¹²⁰ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11-31 de julio de 2001, http://www.economia.gob.mx/?P=5500_5502, mayo 2010; Vega Cánovasy Posadas Urtusuástegui, “El Capítulo 11 del TLCAN. Protección a la inversión extranjera”, Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 132-134.

¹²¹ Dominican Republic, Central America Free Trade Agreement, DR-CAFTA o CAFTA, del 5 de agosto del 2004, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>, junio de 2010. DR-CAFTA o CAFTA en adelante. Costa Rica, la República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y los Estados Unidos son Estados contratantes.

en la solución de controversias, lo que se traduciría para efectos de interpretación de los tratados en que estos tribunales o paneles arbitrales tienen que aplicar la regla de interpretación de la Convención de Viena pues ésta constituye “derecho internacional”. Incluso su anexo 10 B incluye una definición de lo que significa derecho internacional consuetudinario.¹²² Por otra parte, como en el TLCAN, el artículo 10.22 (3) del CAFTA hace vinculante, es decir, obligatoria la aplicación de las interpretaciones de determinados preceptos de tratado realizadas por la Comisión de Libre Comercio (conforme al artículo 19.1.3 (c) del CAFTA), de este modo, los tribunales arbitrales que se conformen deberán aplicar dichas interpretaciones realizadas por la Comisión.¹²³

No obstante lo anterior, la mayoría de los tribunales arbitrales conformados con base en un APPRI no están obligados a utilizar la regla de interpretación de la Convención de Viena. Sin embargo, al hacerlo se acogerán a lo que por muchos autores y tribunales internacionales es considerado costumbre internacional. Tal es el caso del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Tokios Tokeles vs. Ucrania*¹²⁴ quien dijo:

¹²² CAFTA, anexo 10 B. “Customary International Law. The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Articles 10.5, 10.6, and Annex 10-C results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens”.

¹²³ CAFTA, article 10.22: “Governing Law.

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 10.16.1(a)(i)(A) or Article 10.16.1(b)(i)(A), *the tribunal shall decide* the issues in dispute in accordance with this Agreement and *applicable rules of international law*.

2. Subject to paragraph 3 and the other terms of this Section, when a claim is submitted under Article 10.16.1(a)(i)(B) or (C), or Article 10.16.1(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall apply:

(a) the rules of law specified in the pertinent investment agreement or investment authorization, or as the disputing parties may otherwise agree; or

(b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed:

(i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws;⁷ and

(ii) *such rules of international law* as may be applicable.

3. *A decision of the Commission declaring its interpretation of a provision of this*

Agreement under Article 19.1.3(c) (The Free Trade Commission) *shall be binding on a tribunal* established under this Section, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that decision”. Énfasis añadido.

¹²⁴ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, ICSID Case No. ARB/02/18, decision on jurisdiction, 29 de abril de 2004. También citado como: caso *Tokios Tokelés*.

27. Como lo hicieron otros tribunales, nosotros interpretamos el Convenio del CIADI y el tratado entre las partes contratantes de conformidad con las reglas previstas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, mucho de lo cual refleja el *derecho internacional consuetudinario*.¹²⁵ El artículo 31 de la Convención de Viena prevé que “un tratado debe ser interpretado de buena fe de conformidad con el sentido corriente que debe darse a las disposiciones del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito.”¹²⁶

En otras palabras, los fallos de los tribunales arbitrales internacionales en inversión serán mucho más fundamentados y motivados si la interpretación de los preceptos contenidos en el tratado aplicable al caso concreto se realizó de conformidad con la regla de interpretación de la Convención de Viena. Dichos tribunales pueden completar sus criterios a través de la aplicación de cualquier otro método interpretativo que juzguen conveniente. El arte de ello consistirá en justificar su empleo. Lo anterior obedece a la dinámica realidad en la que están inmersos los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión, pues a diferencia de la CIJ, no hablamos de una corte permanente con jueces permanentes, sino de un sinnúmero de tribunales que se crean y desaparecen en cada caso a resolver. Esto por supuesto obedece a la naturaleza misma del arbitraje. Además no existe ningún órgano permanente de revisión de dichos laudos arbitrales; lo anterior trae consigo que no existan criterios unánimes sobre cómo se debe interpretar tal o cual precepto. Por lo tanto, tampoco existe “jurisprudencia” en el sentido de la “jurisprudencia” emanada de la CIJ. Existirán diversas corrientes interpretativas, y por tanto, diversas formas de resolver una diferencia dependiendo el método empleado, lo que trae consigo que pueda llegarse a resultados diferentes y en su caso, encontrados. Esto a su vez se deriva en falta de seguridad jurídica internacional. En el caso concreto del CIADI debe retomarse seriamente la posibilidad y conveniencia de instaurar un tribunal de revisión de los fallos arbitrales con todas las implicaciones jurídicas y logísticas que esto conllevaría, pero como acertadamente lo afirmó Tsatsos: “*The ICSID system is no longer able to follow its initial purpose. Institutionally, the ICSID Convention constitutes a rigid flexible treaty without any possibility for improvement, that is, a treaty without future*”.¹²⁷

¹²⁵ Énfasis añadido.

¹²⁶ *Tokios Tokelés*, párrafo 27.

¹²⁷ Tsatsos, Aristides, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, issue 1, marzo de 2009, pp. 40 y 41.

En este sentido, acuerdos como el CAFTA ya han previsto que puede suceder dicha reforma dentro o fuera del marco del CIADI en lo relativo a la implementación de un órgano de revisión de los laudos arbitrales. Así, el CAFTA obliga a las partes a establecer un grupo de negociación con miras a reformar el tratado para crear un órgano de apelación competente para revisar las decisiones de los tribunales arbitrales inversor Estado y dar coherencia a la interpretación del tratado, dichas previsiones se encuentran en el anexo 10 F del Tratado.¹²⁸

Volviendo a la situación del CIADI, no hay que olvidar que los órganos jurídicos obedecen a las necesidades de la realidad social. Si en algún momento la estructura del CIADI no diera para más, tendrá que modificarse para poder satisfacer las necesidades relativas a la solución de controversias inversor-Estado frente a este foro. Recordemos que el estallido de controversias que ahora se dirimen frente a éste resulta una fortaleza del Centro, pues muestra que los inversores extranjeros y Estados reconocen al foro como medio adecuado para dirimir sus controversias. Así pues, hay que aprovechar los efectos positivos y dar solución a las exigencias de los usuarios del Centro para que éste pueda seguir con su importante labor en el ámbito de la solución de controversias internacionales en materia de inversión.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL CASO MOBIL CORPORATION VS. VENEZUELA

A pesar de que el tribunal arbitral en nuestro caso de estudio declinó su jurisdicción basada en el artículo 22 de la LVI,¹²⁹ éste asintió su jurisdicción con base en el artículo 9¹³⁰ del APPRI Venezuela Países Bajos sobre las reclamaciones presentadas por *Venezuela Holdings* (Países Bajos), *Mobil C/N*

¹²⁸ El CAFTA establece plazos de tres meses para la formación del grupo, y de un año para que el grupo establecido proporcione a la Comisión del CAFTA un borrador de enmienda del tratado para establecer tal órgano de apelación (Anexo 10-F CAFTA). Este anexo, es sin duda una reacción a las posiciones encontradas respecto a la interpretación de ciertos preceptos en los AII por los tribunales arbitrales internacionales.

¹²⁹ Supra III, C, 3.

¹³⁰ El artículo 9 (1) y (4) del APPRI Venezuela-Países Bajos prevé: “1) Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration or conciliation under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965.

y *Mobil Venezolana* (Bahamas) en la medida en que éstas estén basadas en presuntas violaciones al citado APPRI y que dichas violaciones tengan su origen después del 21 de febrero de 2006 para el proyecto Cerro Negro y después del 23 de noviembre de 2006 para el proyecto de la Ceiba y en particular en la medida en que éstas se relacionen con las medidas de nacionalización realizadas por el gobierno venezolano.¹³¹

Además el tribunal declinó su jurisdicción para conocer sobre las pretensiones de *Mobil Corporation* (Delaware), debido a que dicha empresa es de nacionalidad estadounidense, así que ésta sólo cuenta con la posibilidad de presentar sus reclamaciones originadas en el artículo 22 de la LVI y sus reclamaciones de ningún modo pueden ser basadas en el APPRI Venezuela Países Bajos.¹³²

Crucial en el caso es que el tribunal arbitral arribó a las conclusiones antes citadas a través de la realización la prueba de control (*control test*) de la composición accionaria de *Venezuela Holding* (Países Bajos) con base en la definición de inversor contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos en su artículo 1 (b) (ii) y (iii) que a la letra dice:

For the purpose of this Agreement... (b) The term “nationals” shall comprise with regard to either Contracting Party:... (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party; (iii) legal persons nor constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above.

A pesar de que Venezuela intentó desestimar dicho razonamiento a través de la interpretación del artículo 25 (2) del Convenio de Washington,¹³³ el tribunal arbitral recordó que dicho artículo no apoya ni la teoría del control

⁴⁾ Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in Paragraph 1 of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article.”

¹³¹ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 206, 208.

¹³² *Ibidem*, párrafo 207.

¹³³ Convenio de Washington Artículo 25 (2) (b)“ (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:... (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

(*control theory*)¹³⁴ ni la de la incorporación (*siège social*)¹³⁵ sino que deja abierta dicha interpretación a las partes, así que en éste caso fueron las partes (Venezuela y los Países Bajos) las que decidieron quién sería inversor en los términos del artículo 1 (b) del APPRI Venezuela-Países Bajos.¹³⁶

Venezuela intentó desestimar lo antes dicho al hablar del “control genuino” de una empresa, por lo que el APPRI en cuestión no aplicaría, es decir, llamando la atención del tribunal acerca del control real que es ejercido por la empresa madre *Mobil Corporation* (Delaware). Haciendo alusión a lo contenido en el protocolo del mismo APPRI al artículo 1 (b) (iii), el tribunal realizó dicho *test* pero únicamente a partir de *Venezuela Holdings* (Países Bajos) hacia las empresas que ésta controlaba, no hacia la empresa que controlaba a *Venezuela Holdings* (Países Bajos), es decir, *Mobil Corporation*.¹³⁷

Al continuar su razonamiento el tribunal arbitral realizó un análisis de los conceptos de inversión directa e indirecta, concluyendo que dicha diferencia no estaba contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos.¹³⁸ Continuó realizando los conceptos de abuso de derechos y ley aplicable e hizo referencia a los conceptos de buena fe, abuso de derecho y abuso de poder; pero lo relevante a nuestro parecer es la referencia a los casos *Autopista vs. Venezuela*,¹³⁹ *Tokios Tókelés vs. Ucrania*,¹⁴⁰ *Aguas del Tunari vs. Bolivia*¹⁴¹ y *Phoenix*

¹³⁴ La teoría del control, *Kontrolltheorie* o *control theory* de una persona jurídica apoya la pertenencia social (a la que llamaremos nacionalidad porque la personas jurídicas no tienen nacionalidad sino pertenencia a un Estado), de una empresa, está ostentada por el control de sus accionistas, por ejemplo aunque una persona jurídica haya sido incorporada en el Estado “A”, puede ser que el verdadero control de ella esté ejercida por nacionales (sean personas físicas o jurídicas) del Estado “B”.

¹³⁵ La teoría de la incorporación societaria, *siège social*, *Sitztheorie* o *Incorporation theory* de una persona jurídica defiende el lugar en que se incorporó una sociedad para determinar su nacionalidad o pertenencia social.

¹³⁶ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafos 154-157.

¹³⁷ *Ibidem*, párrafos 158-161.

¹³⁸ *Ibidem*, párrafos 162-166.

¹³⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, decisión on jurisdiction, 27, septiembre de 2001, award, 23, septiembre de 2003. También citado como caso *Autopista vs. Venezuela*, párrafo 123-126.

¹⁴⁰ *Tokios Tókelés vs. Ucrania*, ICSID Case No. ARB/02/18, decisión on jurisdiction, 29 de abril de 2004. También citado como caso *Tokios Tókelés*, párrafo 53-56.

¹⁴¹ *Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, decisión on jurisdiction, 21 de octubre de 2005. También citado como caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, párrafo 321.

vs. República Checa,¹⁴² concluyendo que todos esos casos utilizaron criterios diferentes para determinar si existió o no un abuso de derecho e incluso se citó a Prosper Weil, quien emitió una opinión disidente en el caso *Tokios Tokelés*¹⁴³ y habló del efecto del objeto y propósitos del Convenio de Washington y sobre la preservación de su integridad.¹⁴⁴

A continuación el tribunal arbitral hizo un recuento de la reestructuración societaria de las empresas involucradas. Relevante al caso fue el 27 de octubre de 2005 fecha en que fue creada *Venezuela Holdings*, empresa constituida en los Países Bajos. Esta empresa adquirió el 21 de febrero del 2006 todas las acciones de *Mobil C/N Holding* (Delaware), y el 23 de noviembre del 2006 todas las acciones de *Mobil Venezolana Holdings* (Delaware), de este modo, la empresa holandesa fue introducida en los proyectos de Cerro Negro y la Ceiba.¹⁴⁵ En este orden de ideas y al responder a las posiciones encontradas de las partes, el tribunal tuvo que determinar si la nueva estructura de la empresa fue (1) una legítima planeación societaria o (2) si hubo abuso de derecho; todo esto depende de las circunstancias concretas en que sucedieron los hechos.¹⁴⁶ El tribunal enfatizó en primer término que no existía obligación alguna acerca de conseguir la aprobación del gobierno venezolano respecto a la reestructuración societaria de las empresas involucradas.¹⁴⁷ En realidad, *Mobil Cerro Negro* notificó al gobierno venezolano sobre su reestructuración societaria el 16 de octubre de 2006 y la participación de *Venezuela Holdings*, quien a su vez notificó a Venezuela el 7 de marzo de 2007 respecto de la adquisición de las acciones relativas al proyecto de La Ceiba. Venezuela no tuvo reacción alguna relativa a dichas notificaciones, es decir, no objetó dichas reestructuraciones en los proyectos.¹⁴⁸

En el caso del proyecto Cerro Negro, la inversión más grande realizada a éste fue por un monto de 1915 billones de dólares estadounidenses, inversión erogada entre 1999 y 2002. En 2000, la venta proveniente de la extracción prematura de crudo extra pesado y su mezcla con el condensado había

¹⁴² *Phoenix Action Ltd. Vs. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, award, 15, abril 2009, párrafo 113.

¹⁴³ *Tokios Tokelés*, dissenting opinion, párrafo 23-25.

¹⁴⁴ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 184.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párrafos 186 y 187.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 191.

¹⁴⁷ A diferencia del caso *Autopista Concesionada de Venezuela, CA vs. República de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, decision on jurisdiction, 27 de septiembre de 2001, párrafos 123-126.

¹⁴⁸ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 192.

comenzado. Para 2001 el proyecto funcionaba a todo vapor y para 2002 todos los gastos realizados ya se habían amortizado y las ganancias fluían. La inversión realizada de 2002 a 2005 disminuyó y varió entre la mínima que ascendía a 45 millones de dólares hasta una máxima de 175 millones de dólares en 2005. Además fueron construidos nuevos pozos petroleros y se construyeron instalaciones para la extracción de gas, las cuales iniciaron su operación en diciembre del 2006. En ese tenor las inversiones realizadas en 2006 ascendieron a 89 millones de dólares.¹⁴⁹

Respecto al proyecto de La Ceiba, el tribunal no contó con datos precisos sobre el monto de las inversiones y ganancias obtenidas desde el momento de inicio de la inversión hasta la actualidad, sólo que en diciembre de 2005 *Mobil Venezolana* junto con su socia, la empresa Petro Canadá La Ceiba GmbH, se comprometieron a invertir aproximadamente 1.3 billones de dólares, intención que fue reafirmada por *Mobil Venezolana* en enero de 2007.

Para los años 2005-2006 las reinversiones realizadas en ambos proyectos variaron en cantidad y los recursos provenían de las ganancias generadas por los propios proyectos, no de recursos provenientes de los Países Bajos. Sin embargo, el APPRI Venezuela Países Bajos no contiene disposición alguna acerca del lugar del que debe provenir el capital de inversión o reinversión.

Relativo al inicio de la controversia y a pesar de que distintas medidas referentes al incremento de diversos impuestos y derechos fueron realizados de manera paulatina por el gobierno venezolano, cabe recalcar la entrada de la empresa holandesa en la estructura accionaria del proyecto entre octubre de 2005 y noviembre de 2006, y que el momento en que se tomaron las medidas de nacionalización fue en enero de 2007.¹⁵⁰ Por lo tanto, el tribunal tomó dicha fecha como la relevante para definir cuándo se originó la controversia relativa a las medidas de nacionalización realizadas por el gobierno venezolano.¹⁵¹ Para resumir: por un lado, el tribunal fijó la fecha a partir de la cual se originó la disputa relativa a las medidas de nacionalización, que fue el 26 de febrero de 2007, fecha del decreto de nacionalización; por otro lado, como ya ha sido citado, el tribunal decidió que conocerá las reclamaciones originadas a partir del 21 de febrero de 2006 para el proyecto

¹⁴⁹ *Ibidem*, párrafos 193-195.

¹⁵⁰ El 8 de enero de 2007 el presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez, anunció que todos los proyectos que estaban operando fuera del marco de la ley de hidrocarburos de 2001, incluyendo los proyectos de la Ceiba y Cerro Negro serían nacionalizados. *Cfr. Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrafo 19.

¹⁵¹ *Ibidem*, párrafos 201-203.

Cerro Negro y a partir del 23 de noviembre de 2006 para las reclamaciones originadas del proyecto La Ceiba.

Para finalizar, el tribunal determinó que la estrategia corporativa de las empresas, incluyendo la creación de la empresa holandesa *Venezuela Holdings* fue una estrategia de planeación corporativa legítima.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. En la interpretación de tratados internacionales los tribunales arbitrales por lo general hacen referencia a la regla de interpretación contenida en el artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados; sin embargo, dicha Regla no es aplicada de manera unánime por los tribunales arbitrales del CIADI, sino que cada tribunal pone especial énfasis en alguno de los métodos interpretativos inmersos en la regla. A su vez dichos métodos interpretativos son independientes. Estos métodos no son los únicos que pueden ser utilizados por los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión.

2. El consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI en los términos del artículo 25 (1) del Convenio de Washington puede exteriorizarse mediante un acto unilateral, por ejemplo, mediante una ley nacional en materia de protección de inversiones.

3. Las leyes nacionales, tales como las leyes nacionales de protección de las inversiones, son declaraciones unilaterales de Estados soberanos. Cuando dichas declaraciones sean redactadas clara y coherentemente es posible que a través de ellas se otorgue jurisdicción al CIADI.

4. En caso de existir una redacción ambivalente u oscura en una legislación nacional y se pretenda que a través de ésta se otorgue el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, dicho consentimiento no puede ser interpretado con la aplicación directa de la regla de interpretación derivada de la Convención de Viena, sino que se debe analizar el contexto e intención que tuvo un Estado determinado para la emisión de ésta.

5. El artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana presenta notable falta de técnica jurídica, por lo que no es posible derivar de su contenido el consentimiento del Estado venezolano en forma de una *invitatio ad offerendum* a cualquier inversor extranjero cuyo país de nacionalidad sea miembro del Convenio de Washington para incoar una acción en su contra derivada de una inversión.

6. Se recomienda al Estado venezolano realizar una modificación a la redacción del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones

para otorgar mayor seguridad jurídica a los inversores extranjeros y evitar que cualquier inversor extranjero cuyo país de nacionalidad sea miembro del Convenio de Washington intente iniciar un procedimiento en su contra frente al CIADI, pues ello conlleva sin duda alguna la erogación innecesaria de recursos públicos, tiempo y *know-how*.