

MARC

Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

BOLETÍN ESPECIAL

P R E M I O

Rodger Farrell

Ganador Categoría Profesional

José Pedro Barnola Jr.

Mención Especial / Categoría Profesional

Juan Bautista Carrero

Ganador Categoría Estudiante

Wulfrido Monsalve García

P R E M I O

Rodger Farrell

Patrocinadores
premium



Despacho de Abogados Miembro de
**Baker
McKenzie.**



**IRIBARREN
CARRASCO
& ASOCIADOS**
CONSULTORES LEGALES

Patrocinador



Aliados



CONTENIDO

01

PRINCIPIOS DE PLANIFICACIÓN DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

*Por: José P. Barnola, Jr.
Ganador Categoría Profesional*

33

EL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN VENEZUELA

*Por: Juan Bautista Carrero Marrero
Mención Especial Categoría Profesional*

48

NUEVOS DESAFÍOS DEL ARBITRAJE: COMPLIANCE EN CIBERSEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS

*Por: Wilfredo Monsalve García
Ganador Categoría Estudiante*

PRINCIPIOS DE PLANIFICACIÓN DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

Ganador Categoría Profesional

José P. Barnola, Jr.¹

“The first function of a lawyer is to protect the individual from the oppression of the state.”
Lord MacMillan²

Resumen: Este trabajo compendia los aspectos básicos del arbitraje de inversión como herramienta para gerenciar el riesgo país que los inversionistas extranjeros deben considerar en la planificación y diseño de estructuras de inversión en Latinoamérica y describe los pasos para hacer nuevas inversiones o revisar una existente, armonizando las perspectivas de los abogados consultores y litigantes.

Palabras clave: Abogados Consultores y Litigantes, Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, Arbitraje de Inversión, CIADI, Estructuras de Inversión, Inversión Extranjera, Latinoamérica, Protección de Inversiones, Riesgo País.

PRINCIPLES OF INVESTMENT ARBITRATION PLANNING IN LATIN AMERICA

Abstract: This paper summarizes the basic aspects of investment arbitration as a tool to manage country risk that foreign investors should consider when planning and designing investment structures in Latin America and describes the steps to make new investments or review an existing one, harmonizing the perspectives of dispute and transactional lawyers.

¹ Abogado cum laude, Universidad Católica Andrés Bello (1993). Especialista en Derecho Tributario cum laude, Universidad Central de Venezuela (1999). Examen General para el Egreso de la Licenciatura en Derecho, Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior (México, 2020). Revalidación de la Licenciatura en Derecho y Cédula Profesional, Secretaría de Educación Pública (México, 2021). Exprofesor de Derecho Tributario en los cursos de postgrado de las Universidades Metropolitana y Central de Venezuela y la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública. Cursante del Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Consultor y litigante (www.linkedin.com/in/josepbarnolajr/).

² Cit. en Peter Megargee Brown, *Rascals: The selling of the Legal Profession* (Benchmark Press, New York, 1989), p.68.

Keywords: Agreements on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Country Risk, Dispute and Transactional Lawyers, Foreign Investments, ICSID, Investment Arbitration, Investment Protection, Investment Structures, Latin America. Investments, ICSID, Investment Arbitration, Investment Protection, Investment Structures, Latin America.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RIESGO PAÍS COMO FACTOR QUE AFECTA LAS DECISIONES DE INVERSIÓN EXTRANJERA. III. DERECHOS Y PROTECCIONES DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS. IV. ANÁLISIS DE LOS APPRIS. V. PASOS PARA HACER UNA NUEVA INVERSIÓN O REORGANIZAR UNA EXISTENTE. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es resumir los principios torales del arbitraje de inversión como herramienta para gerenciar el riesgo país en Latinoamérica.³ El análisis está enfocado desde la práctica de los abogados en el libre ejercicio o en las consultorías jurídicas corporativas.

El riesgo país, también denominado riesgo soberano o político, tiene varias definiciones, pero la que interesa para este trabajo es la siguiente: “[L]a posibilidad de que la actividad económica de un país o sector se vea afectada por las decisiones de un Gobierno.”⁴ La gerencia de riesgos consiste en identificar y prevenir daños potenciales de un evento futuro e incierto.⁵ La gerencia del riesgo país, por tanto,

³ La notable excepción de la región es Brasil, que no ha celebrado acuerdos de protección de inversiones.

⁴ V. Guillermo Westreicher, “Riesgo político”, *Economipedia* (27.2.20), <https://economipedia.com/definiciones/riesgo-politico.html> (todas las consultas de fuentes en Internet de este trabajo se realizaron el 25.8.21). Cfr. David Chmiel, “The Political Situation”, *Preserve, Protect and Defend. Global Nationalization Risk: Practical Considerations for Investors* (Baker McKenzie, 2020), <https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/04/global-nationalization-risk.pdf?la=en>, pp.5-7; Francisco González de Cossío, *Arbitraje de Inversión* [Ed. Porrúa, Ciudad de México (“CDMX”), 2009], pp.6-11; Mauricio Losada-Otálora y Veneta Andonova (Editores), *Multilatinas. Strategies for Internationalization* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017), p.30 y Roberto Oliva de la Coteria, “Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República del Salvador”, *Arbitraje en Materia de Inversiones*, Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (Coord.), Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, CDMX (2010), p.3.

⁵ Cfr. “Gerencia de riesgos”, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/gerencia-de-riesgos> y Kent D. Miller, “A Framework for Integrated Risk Management in International Business”, *Journal of International Business Studies*, Vol.23, N°2 (2nd. Qtr., 1992), p.311.

identifica y previene daños potenciales derivados del eventual maltrato de la inversión extranjera por el Estado anfitrión de la inversión.

Las herramientas tradicionales para gerenciar el riesgo país comprenden seguros, garantías y/o financiamientos otorgados por compañías de seguros, agencias de créditos a la exportación o entidades multilaterales de financiamiento.⁶ El arbitraje de inversión es otra herramienta valiosa para gerenciar el riesgo país (aunque no todos los inversionistas extranjeros lo contemplan en sus planes de negocio) y forma parte del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras.⁷ Tiene la ventaja de que no requiere la intervención de un tercero como las opciones tradicionales y puede coexistir con ellas.

La doctrina divide el ejercicio del derecho en dos categorías: los abogados litigantes dedicados a la resolución de controversias y los abogados consultores o transaccionales que asesoran en asuntos no contenciosos.⁸ Aunque no son categorías excluyentes, tienen aproximaciones diferentes a los problemas legales.⁹ Normalmente, los profesionales que diseñan estructuras de inversión extranjera en Latinoamérica son abogados consultores especialistas en derecho corporativo y/o fiscal (y/o, como en

⁶ E.g., la Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero de los EE.UU., transformada recientemente en la Corporación Financiera para el Desarrollo Internacional (v. <https://www.dfc.gov/>), la Corporación Financiera Internacional (v. <https://www.ifc.org/>) o la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones Internacionales (v. <https://www.miga.org/>) [v. Gregorio Belaunde, "Algunas Técnicas de Gestión del Riesgo País" (31.5.14), *Gestión, El Diario de Economía y Negocios de Perú*, <http://blogs.gestion.pe/riesgosfinancieros/2014/05/algunas-tecnicas-de-gestion-de-riesgo-pais.html>.]

⁷ V. González de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, op.cit., pp.17-31; Omar García Bolívar, "La Crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras: Propuestas de Reforma", MERCOSUR, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, N°5 (mar. 2015); <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137>, pp.137-46; Yaritza Pérez Pacheco, "Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana", *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, Carlos Enrique Odriozola Mariscal (Coord.), Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado, CDMX, 22-23.10.15, Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., CDMX (2015), p.149 y cfr. Ernesto Talamás Velázquez, *Arbitraje de Inversión. Estándares y Garantías de Protección a la Inversión Extranjera* (1ª Ed., Thomson Reuters, CDMX, 2017), pp.42-6.] Además, el arbitraje de inversión, junto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son las dos excepciones al principio de que las personas físicas y morales son objeto y no sujetos del Derecho Internacional Público [v. González de Cossío, *Arbitraje* (5ª ed., Ed. Porrúa, CDMX, 2018), p.1385.]

⁸ V. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., *Essential Lawyering Skills* (5th ed., Wolters Kluwer, New York, 2015), p.32 ("The practice of law is divided in two parts. On is the resolution of disputes, often through litigation. The other is transactional: advising and representing clients in situations where there is no dispute...Some lawyers do only dispute work. Some do only transactional work. And some do both.")

⁹ Id. ("Dispute lawyers and transactional lawyers approach legal problems differently and in some respects see the world differently. Most fundamentally, dispute lawyers fight to protect clients who are already in conflict with somebody else.")

México, contadores fiscales) que no siempre prestan atención al arbitraje de inversión. Como veremos, los laudos arbitrales enseñan que diferir el tema puede resultar demasiado tarde y/u oneroso. Por ello, proponemos la tesis que una asesoría prudente debe considerar el arbitraje de inversión e integrar las aproximaciones de ambas categorías de abogados desde el comienzo de la planificación de una estructura de inversión extranjera.¹⁰

II. EL RIESGO PAÍS COMO FACTOR QUE AFECTA LAS DECISIONES DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Los primeros lugares en la lista de factores que afectan las decisiones de inversión en los países en desarrollo y Latinoamérica son la estabilidad política, la seguridad y el ambiente legal y regulatorio.¹¹ Los inversionistas buscan “conductas previsibles, transparentes y eficientes de las agencias públicas y garantías de protección de inversiones.”¹²

El viraje al populismo de los gobiernos en varios países de Latinoamérica desde comienzos del s. XXI, con líderes aquejados de lo que Moisés Naim aptamente denominó “necrofilia ideológica”,¹³ se tradujo en conocidos asedios y maltratos a las inversiones nacionales y extranjeras privadas.¹⁴ Venezuela ha sido un caso

¹⁰ Id., p.28 (“A prudent lawyer foresees risk, makes sure that mistakes do not happen and, to the extent possible, keeps clients out of trouble”) y José P. Barnola, jr., “¿Por qué los abogados fiscales deben estudiar los tratados de protección de inversiones?”, *TaxLatam, el primer sitio de novedades fiscales de Latinoamérica* (17.5.21), <https://taxlatam.com/noticias/por-que-los-abogados-fiscales-deben-estudiar-los-tratados-de-proteccion-de-inversiones/>, passim.

¹¹ V. World Bank Group, *2017/2018 Global Investment Competitiveness Report, Foreign Investor Perspectives and Policy Implications* (Washington, D.C., 2018), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/169531510741671962/pdf/121404-PUB-PUBLIC-PUBDATE-10-25-2017.pdf>, pp.5-6 y 19 y ss. y Centro de Estudios Internacionales de la Universidad Católica de Chile (Ceiuc), *Riesgo Político Latinoamérica* (Editores Jorge Sahd K., Diego Rojas y María Paz Fernández, Santiago de Chile, 2021), <http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/images/publicaciones/publicaciones-ceiuc/Riesgo-Politico-America-Latina-2021.pdf>, pp.5 y 19-20.

¹² V. Ceiuc, op.cit., p.20.

¹³ V. Moisés Naim, “La Necrofilia Ideológica”, *El País* (6.6.10), <https://www.moisesnaim.com/mis-columnas/2020/3/19/la-necrofilia-ideologica> (“La necrofilia es la atracción sexual por cadáveres. La necrofilia ideológica es el amor ciego por ideas muertas. Resulta que esta patología es más común en su vertiente política que en la sexual. Encienda su televisión esta noche y le apuesto que verá a algún político apasionadamente enamorado de ideas que ya han sido probadas y han fracasado. O defendiendo creencias cuya falsedad ha quedado demostrada con evidencias incontrovertibles.”)

¹⁴ Incluyendo, entre otras medidas, nacionalizaciones, confiscaciones, expropiaciones, ocupaciones, intervenciones, controles de cambio (“corralitos financieros”) y de precios y cambios legislativos y regulatorios abruptos. V., e.g., Andrea Rondón García, “Venezuela: un gran gulag del siglo XXI(1)”, *El Nacional* (21.1.19), <https://www.elnacional.com/opinion/columnista/venezuela-gran-gulag-del-siglo->

emblemático, cuya posición frente a las inversiones privadas “es posiblemente un hecho notorio comunicacional.”¹⁵ Varios inversionistas extranjeros maltratados iniciaron arbitrajes de inversión contra los Estados que dictaron esas medidas.¹⁶

Actualmente hay vigentes en el mundo más de 3.000 acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones o tratados multilaterales con capítulos de protección de inversiones¹⁷ (“APPRI”) y entre 1987 y 2019 se presentaron 1.023

xxi_266980/ [“Las medidas más comunes aplicadas en estas dos décadas de proceso autoritario hasta su conversión en tiranía pueden sintetizarse en: 1) distintas violaciones de la propiedad privada; 2) régimen de control de cambio; 3) régimen de control de precios; 4) eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela y 5) todo tipo de regulaciones y controles a la propiedad, elaboración y comercialización de productos.”] (se omiten notas).

¹⁵ V. Alejandro Gallotti, “Presente y Futuro de las Inversiones Extranjeras entre España y Venezuela: Un Estudio a partir del APPRI y el Arbitraje de Inversiones”, *CIAR Global* (20.7.20), <https://ciarglobal.com/presente-y-futuro-de-las-inversiones-extranjeras-entre-espana-y-venezuela/>, p.1 [“La posición que ha tenido Venezuela desde 1999 frente a las inversiones extranjeras es posiblemente un hecho notorio comunicacional, desde confiscaciones de bienes muebles e inmuebles (denominadas generalmente ‘expropiaciones’ u ‘ocupaciones’, pero que no seguían el procedimiento legalmente establecido, sin olvidar que rara vez se indemnizaba al propietario por la pérdida o daño patrimonial), controles de precios, regulaciones en el marco cambiario, estatizaciones y nacionalizaciones de industrias, hasta problemas de corrupción y abuso de poder sistemático en lo que concierne a las actividades económicas y libertad de empresa, ocasionaron que ya para el año 2017 Venezuela se convirtiera en el segundo país del mundo, después de Argentina, con más demandas internacionales de arbitraje de inversión, lo que según expertos constituía, en sumatoria de condenas arbitrales, entre \$13.000 y \$20.000 millones de dólares.”] V. también Anabella Abadi M. y Carlos García Soto, “*Expropiación: La política expropiatoria del “Socialismo del Siglo XXI”* (Centro de Divulgación del Conocimiento Económico «CEDICE», Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monteávila, Caracas, 2019), *passim*; Abadi M. y García Soto, “14 años del actual control de precios en Venezuela: un balance de una regulación perversa”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N°10, Universidad Monteávila (sept-dic. 2016), <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/Redav-10.pdf>, pp.15-36; Abadi M., “15 años de la Revolución Bolivariana en cifras”, *Prodavinci* (13.12.13), <https://bit.ly/2KxbR7A>, *passim*; Juan Cristóbal Carmona Borjas “Atomización de la Economía Venezolana” (5.8.21), <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6829157351711502337/>, pp.1-4; Simón Pedro Deffendini S., *República de Venezuela: Marco legal interno y su impacto vs. los tratados bilaterales de inversión extranjera*, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Programa de Doctorado en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, Madrid (abr. 2015), https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/13226/02-Tesis%20Doctoral%20-%20Final%20Version%20SPD_URJC.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pp.30-6; Stephen B. Kaplan y Michael Penfold, “China-Venezuela Economic Relations: Hedging Venezuelan Bets with Chinese Characteristics”, *Venezuela’s Authoritarian Allies: The ties that bind?*, Cynthia J. Arnson (Ed.), Woodrow Wilson Center Reports on the Americas, N°43, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C. (Jun. 2021), pp.79-81 y Rondón García, *loc.cit.*

¹⁶ V., e.g., Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela* (Colección Estudios Jurídicos N°97, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012), p.70.

¹⁷ El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos (“México”), EE.UU. y Canadá (“T-MEC”) [v. Diario Oficial de la Federación (“DOF”) del 29.7.19] es un buen ejemplo de un APPRI multilateral. Su Capítulo 14 contiene todas las disposiciones sobre protección de inversiones extranjeras. Desde el 1.7.20, el T-MEC sustituyó al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) entre los mismos países (v. DOF del 20.12.93), aunque el TLCAN se sigue aplicando por tres años a las inversiones realizadas antes del 1.7.20 (“legacy investments”) (v. T-MEC, Anexo 14-C, Transición para Reclamaciones de Inversiones Existentes y Reclamaciones Pendientes).

arbitrajes de inversión conocidos ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”).¹⁸ Argentina (con 62 casos), España (con 52 casos) y Venezuela (con 51 casos), encabezan la lista de Estados demandados en esa medición.¹⁹

El CIADI es una institución neutral creada por el Banco Mundial mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”),²⁰ con sede en Washington, D.C.²¹ Su objetivo principal es el crecimiento económico de los países mediante la inversión extranjera, otorgando a los inversionistas acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces para solucionar las diferencias con los Estados anfitriones de las inversiones.²² El CIADI facilita el arreglo de diferencias en materia de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes²³ y administra procedimientos de conciliación y arbitraje.²⁴

El Convenio CIADI entró en vigor el 14.10.66 y 156 Estados lo han ratificado.²⁵ Brasil no lo ha ratificado y México lo ratificó en 2018.²⁶ Bolivia, Venezuela y Ecuador tienen la dudosa distinción de ser los únicos Estados que lo han denunciado (en 2007, 2009 y 2012, respectivamente), aunque Ecuador volvió a ratificarlo en 2021.²⁷

¹⁸ V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), *Investor-State Dispute Settlement cases pass the 1,000 mark: Cases and Outcomes in 2019* (Jul. 2020), <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>, p.2.

¹⁹ Id.

²⁰ V. CIADI, *Convenio CIADI*, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama> y <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

²¹ V. CIADI, *Acerca del CIADI*, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca>; Alex Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law* (1.6.14), Vol.15, N°1, Article 13, pp.291-3, Andrés A. Mezgravis, “Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Irene de Valera (Coord.), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, Caracas (2005), pp.356-61 y Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, The Hague, 2004), pp.1-12.

²² V. Reed et al., op.cit., p.1.

²³ Id., p.2.

²⁴ Id., p.4.

²⁵ V. CIADI, *Base de datos de Estados Miembros del CIADI*, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi> (incluyendo Ecuador en 2021, v. infra nota 27).

²⁶ V. Barnola, jr., Francisco Franco Rodríguez y Luis Carbajo-Martínez, “México firma el Convenio CIADI: Un mecanismo para hacer valer los derechos de los inversionistas extranjeros”, *Puntos Finos, Revista Especializada de Consulta Fiscal*, Thomson Reuters, CDMX (nov. 2018), pp.97 y ss.

²⁷ V. CIADI, *Informe Anual 2007*, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2007-annual-report-spanish.pdf>, p.4, *Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del*

En el período 1966-90, el CIADI recibió pocos casos. A finales del s. XX, sin embargo, el número de casos se incrementó debido a la proliferación de APPRI.²⁸ Desde entonces, la gran mayoría de los casos manejados por el CIADI han sido arbitrajes.²⁹ En la actualidad, el arbitraje CIADI se ha convertido en la opción preferida de los inversionistas extranjeros para resolver disputas con los Estados anfitriones.³⁰ Según los autores del Convenio CIADI, el acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces y confiables ha demostrado dar a los inversionistas un sentido de seguridad y una garantía de que sus derechos e inversiones se respetarán³¹ y un reputado autor ha sostenido que el arbitraje CIADI es un instrumento procurador del estado de derecho nacional e internacional,³² posiciones que compartimos.

III. DERECHOS Y PROTECCIONES DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS

El poder de establecer su ordenamiento jurídico es inherente a la soberanía del Estado. El corolario de ese principio es que los Estados pueden cambiar las reglas de juego en

Convenio CIADI (26.1.12), [https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio-y Ecuador firma el Convenio CIADI](https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio-y-Ecuador-firma-el-Convenio-CIADI) (21.6.21), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi>; Magdalena Bas Vilizzio, "Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI", *Revista Densidades*, N°17, Ed. Oswaldo Andrés García, Buenos Aires (2015), https://issuu.com/densidades/docs/densidades_n_17, p.51; Gilberto A. Guerrero-Roca, "In case of fire, please denounce the ICSID Convention. The Legal Sociological Risk of Adopting a Pro-State Approach towards Articles 71-72 Dealing with Sovereign Repeat Players", *World Arbitration & Mediation Review*, Vol.11 (2017 N°2), passim; Mezgravis y Carolina González, "Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked", *Transnational Dispute Management*, Vol.9, Issue 9 (2012), <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1914>, passim; David M. Orta, Daniel Salinas-Serrano, Brian H. Rowe y Kristopher Yue, "Investment Treaty Arbitration in the Americas", *The Arbitration Review of the Americas 2019, A Global Arbitration Review Special Report*, Law Business Research (2019), <https://globalarbitrationreview.com/review/the-arbitration-review-of-the-americas/2019/article/investment-treaty-arbitration-in-the-americas>, pp.47-8; Tejera Pérez, op.cit., pp.65-9 y Catharine Titi, "Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas", *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol.30, N°2 (2014), pp.363-5.

²⁸ V. Reed et al., op.cit., p.4.

²⁹ A partir del 30.6.18, de todos los casos del CIADI, 89,5% fueron arbitrajes, 1,3% conciliaciones, 8,9% Arbitrajes Complementarios del CIADI y 0,3% Conciliaciones Complementarias del CIADI [v. estadísticas en CIADI, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf).]

³⁰ Más del 65% del número anual de las controversias entre inversionista y Estado se resolvieron bajo las reglas del Convenio CIADI en 2016 [v. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ("UNCTAD"), *Informe Mundial de Inversiones 2017: Inversión y la Economía Digital* (Naciones Unidas, Ginebra 2017), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, p.115.]

³¹ V. Reed et al., op.cit., p.3 y cfr. Pérez Pacheco, op.cit., p.154.

³² V. Paulsson, "Enclaves of Justice", *Transnational Dispute Management*, N°5 (jun. 2007), cit. en González de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?* (28.7.10), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/7.pdf>, p.4.

cualquier momento y acabar con la ilusión de seguridad jurídica.³³ No obstante, los inversionistas extranjeros tienen ciertos derechos y protecciones según los APPRI que el Estado de su nacionalidad u origen ha celebrado con los Estados anfitriones de las inversiones.³⁴

Los APPRI usualmente ofrecen dos tipos de protecciones a los inversionistas extranjeros: los derechos sustantivos³⁵ y los medios procesales para exigir dichos derechos.³⁶ Ambas protecciones tienen su fuente en el Derecho Internacional Público y son distintas y separadas de los derechos sustantivos y medios procesales establecidos en el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión.³⁷ Por tanto, las modificaciones del ordenamiento jurídico del Estado anfitrión no pueden eliminar las protecciones de los APPRI.³⁸ Así, las protecciones se erigen como límite de contención y valladar infranqueable al ejercicio desmadrado del poder del Estado.

(A) Los derechos sustantivos: Los Estados contratantes normalmente se comprometen en los APPRI a proteger a los inversionistas y sus inversiones de medidas gubernamentales ilegales que maltraten las inversiones, como expropiaciones

³³ V. Ricardo M. Rojas, *Fundamentos Praxeológicos del Derecho* (Unión Editorial Argentina, B. Aires, 2018), p.121 (“La legislación escrita ofrece una ilusión de certidumbre, que no emana de la aceptación generalizada de la gente, sino de su imposición por la fuerza. Pero esa certidumbre desaparece en el preciso momento en que una mayoría calificada de la asamblea legislativa decide cambiar las reglas de juego y quitarle validez a normas que se presumían inmutables”) y Bruno Leoni, *La Libertad y la Ley* (2ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2010), pp.95 y ss. V. también Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la Destrucción de la Democracia en Venezuela* (Colección Estudios Políticos N°3, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016), passim y Departamento de Estado de los EE.UU., *2021 Investment Climate Statements: Mexico* (2021), <https://www.state.gov/reports/2021-investment-climate-statements/mexico/>, p.1 (“Still, investors report sudden regulatory changes and policy reversals, the shaky financial health of the state oil company Pemex, and a perceived weak fiscal response to the COVID-19 economic crisis have contributed to ongoing uncertainties.”)

³⁴ V. Jeswald W. Salacuse, “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”, *Fordham International Law Journal*, Vol.31, Issue 1 (2007), Article 6, p.139 y Ed Poulton, Katia Ekaterina Finkel, Richard Molesworth y Dogan Gultutan, “The Value of Investment Treaty Protections”, *Preserve, Protect and Defend...* cit., pp.9-10.

³⁵ V., e.g., APPRI México-Reino de los Países Bajos (“Países Bajos”) (“APPRI México-Países Bajos”) (DOF del 16.2.99), arts.3-5 y APPRI República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”)-Países Bajos (“APPRI Venezuela-Países Bajos”) [Gaceta Oficial de la República (“GO”) N°35.269 del 6.8.93], arts.3-7.

³⁶ V. APPRI México-Países Bajos, art.8 y Anexo; APPRI Venezuela-Países Bajos, arts.9 y 11.

³⁷ V. Vanessa A. Giraud M., “Is Investment Arbitration in crisis in Latin America?”, *Kluwer Arbitration* (may. 2014), <https://www.mezgravis.com/Is%20Investment%20Arbitration%20in%20Crisis%20in%20Latin%20America.pdf>, p.2 y Salacuse, op.cit., p.140.

³⁸ Salvo la denuncia o terminación del APPRI. V. infra IV.(D).

sin compensación,³⁹ medidas discriminatorias,⁴⁰ denegaciones de justicia,⁴¹ medidas fiscales arbitrarias⁴² y cambios radicales o abruptos al régimen legal,⁴³ entre otros.⁴⁴ El nivel y alcance de la protección puede variar dependiendo del lenguaje del acuerdo. Si el Estado anfitrión viola alguno de los derechos sustantivos, el inversionista tendrá derecho a una compensación o indemnización adecuada, pronta y efectiva, transferida sin demora indebida, al país designado por el inversionista y en la moneda del país del que el inversionista sea nacional o en cualquier otra moneda de libre convertibilidad aceptada por el inversionista, más intereses de mercado.⁴⁵

(B) Los medios procesales: Los medios procesales son muy importantes para los inversionistas extranjeros, ya que de nada les sirve contar con derechos sustantivos si no pueden hacerlos valer de forma efectiva. Cuando un inversionista considera que el Estado anfitrión ha incumplido sus obligaciones según el APPRI, puede tener acceso a varios mecanismos de solución de controversias para exigir la responsabilidad internacional del Estado, incluyendo la protección diplomática. El número y tipos de mecanismos disponibles dependerán de lo convenido en el APPRI por el Estado de

³⁹ V., e.g., *Crystallex Int'l. Corp. vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB(AF)/11/2, Laudo (4.4.16). V. también *Tza Yap Shum vs. República de Perú*, Caso CIADI N°ARB/07/6, Laudo 156, 170 y 218 (7.6.11) (medidas cautelares arbitrarias para asegurar el pago de créditos fiscales no firmes, equivalentes a una expropiación ilegal, que afectaron la capacidad operativa de la inversión).

⁴⁰ V., e.g., *The Rompetrol Group N.V. vs. Rumania*, caso CIADI N°ARB/06/3, Laudo (6.5.13).

⁴¹ V., e.g., *Merck Sharp & Dohme (I.A.) LLC vs. República de Ecuador*, caso PCA N°2012-10, Primera Decisión sobre Medidas Provisionales (7.3.16) y Segunda Decisión sobre Medidas Provisionales (6.9.16).

⁴² V. *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) vs. Federación Rusa ("Rusia")*, caso CNUDMI, PCA N°AA 226, Laudo (18.7.14); *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) vs. Rusia*, caso CNUDMI, PCA N°AA 227, Laudo (18.7.14) y *Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) vs. Rusia*, caso CNUDMI, PCA N°AA 228, Laudo (18.7.14): Auditorías, determinación de créditos fiscales e investigaciones penales por delitos fiscales cuyo verdadero objetivo no era la recaudación fiscal por el Estado anfitrión, sino hacer que las entidades objeto de las medidas entraran en bancarrota para que una sociedad propiedad del Estado anfitrión comprara, en los procedimientos concursales, los activos de las entidades fallidas a precios inferiores a valores de mercado.

⁴³ V., e.g., *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina ("Argentina")*, caso CIADI N°ARB/03/19 (antes conocido como *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina*), Laudo (9.4.15).

⁴⁴ V. UNCTAD, *Acuerdos Internacionales de Inversión: Asuntos Clave*, Vol.I (sept. 2004) http://unctad.org/en/Docs/iteit200410_en.pdf, p.1.

⁴⁵ En el Derecho Internacional Público existen tres formas de reparación por ilícitos internacionales: restitución, indemnización y satisfacción [v. Naciones Unidas, *Resol. 56/83 de la Asamblea General, aceptación del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2010), <https://digitallibrary.un.org/record/454412?ln=es#record-files-collapse-header>; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México*, caso CIADI N°ARB(AF)/00/2, Laudo 151 (29.5.03) y González de Cossío, "Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes", *Arbitraje en Materia de Inversiones*, cit., p.52, nota 84]. La indemnización es la más aplicada en el arbitraje de inversión (v. Talamás Velázquez, op.cit., pp.383-4).

origen y el Estado anfitrión.⁴⁶ Los inversionistas pueden normalmente escoger entre el litigio ante los tribunales del Estado anfitrión y el arbitraje internacional (arbitraje de inversión) como mecanismos para ejecutar los derechos sustantivos de los APPRIs. La primera opción usualmente resulta ineficiente e insatisfactoria, dejando al arbitraje como la mejor vía.⁴⁷

El tipo de arbitraje depende de varios elementos,⁴⁸ pero usualmente los inversionistas pueden tener más de una opción.⁴⁹ Muchos APPRIs incluyen el arbitraje CIADI como una de ellas. El arbitraje CIADI es especial porque está basado en un régimen independiente regulado exclusivamente por el Convenio CIADI. Bajo ese régimen, los laudos son definitivos y vinculantes y cuentan con dos ventajas principales en

⁴⁶ V., e.g., el APPRI México-República Italiana (v. DOF 17.1.03), Anexo sobre los Mecanismos de Arreglo de Diferencias, Secc.2, art.2 (lista los mecanismos para resolver controversias: negociación, consulta, litigio en tribunales nacionales y arbitraje de inversión).

⁴⁷ V. Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Wolters Kluwer, 2d. ed., Amsterdam, 2018), p.418 (“...a foreign investor might pursue relief in the courts of the host state. In most cases, however, the host state’s courts were an unsatisfactory forum for resolution of disputes arising from the governmental action of the host state itself. Particularly in states where judicial independence is not assured, local courts are often unable to provide neutral forums for foreign investors.”) La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido esa realidad [v. fallo N°1.541 del 17.10.08, caso *República de Venezuela en recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución* (“...la Sala advierte que la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.”)] V. también el fallo C-422 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia (“...el establecimiento de mecanismos alternativos dirigidos a la resolución de conflictos relativos a inversiones internacionales, con el propósito de fortalecer la cooperación económica y afianzar los mecanismos de atracción a la inversión extranjera... son coincidentes con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”), cit. en Claudia Madrid Martínez, “Inversión Extranjera y Arbitraje de Inversiones en Colombia”, Carlos Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), p.286.

⁴⁸ E.g., los Estados contratantes deben ser miembros del Convenio CIADI para poder tener acceso a un arbitraje CIADI. Si solamente uno de los Estados es miembro del Convenio CIADI, se aplica el Mecanismo Complementario del CIADI creado en 1978 por el *Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI* (v. CIADI, *Recursos*, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/reglamento-mecanismo-complementario> y Pérez Pacheco, op.cit., pp.156-7.)

⁴⁹ V., e.g., APPRI México-Países Bajos, Apéndice, art.4° (ofrece varios tipos de arbitraje).

comparación con otros tipos de arbitraje,⁵⁰ las cuales ponen a los inversionistas y los Estados anfitriones en un plano de igualdad, ya que facilitan la ejecución de los laudos arbitrales en muchas jurisdicciones, reduciendo la posibilidad de incumplimiento.⁵¹

(1) Los tribunales nacionales no intervienen en el procedimiento de anulación del laudo: En otros tipos de arbitraje, la sede del arbitraje determina la ley procesal que regulará los procedimientos.⁵² Los tribunales nacionales de la sede pueden revisar el laudo en casos limitados, normalmente a través del recurso de anulación. El arbitraje CIADI es un proceso deslocalizado (no hay una sede del arbitraje) y los tribunales nacionales no pueden revisar el laudo arbitral. No obstante, el Convenio CIADI establece un proceso de revisión, bajo el cual los comités ad-hoc asignados por el CIADI revisan los laudos y pueden anularlos en casos limitados.⁵³

(2) Los tribunales nacionales no tienen discrecionalidad para rechazar la ejecución del laudo: Los laudos arbitrales comerciales pueden ejecutarse en países distintos de la sede⁵⁴ y los tribunales del lugar de ejecución pueden rechazar la ejecución de un laudo en casos limitados.⁵⁵ La ejecución de los laudos CIADI no está sujeta a la Convención de Nueva York. Todos los Estados contratantes deben reconocer en un laudo dictado conforme a ese Convenio, carácter obligatorio y harán ejecutar las condenas pecuniarias del laudo “como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.”⁵⁶ Eso previene que los tribunales nacionales revisen los laudos CIADI.⁵⁷

⁵⁰ E.g., la Cámara de Comercio Internacional, The London Court of International Arbitration o la CNUDMI.

⁵¹ V. Barnola jr., Franco Rodríguez y Carbajo-Martínez, op.cit., pp.98-9 y cfr. José Gregorio Torrealba R., “La Ejecución de Laudos Arbitrales que condenan al Estado sobre activos de empresas del Estado a propósito de la Teoría del Alter Ego en el caso *Crystalex vs. Venezuela*”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas (2019), T.I, pp.1431-40.

⁵² V. Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern & Hunter on International Arbitration* (6TH ed., Oxford University Press, Oxford, 2015), pp.172 y ss.

⁵³ V. *Convenio CIADI*, art.52(1) (lista las causales de nulidad).

⁵⁴ V. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, 7.6.59 (“Convención de Nueva York”), https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

⁵⁵ V. *Convención de Nueva York*, art.V.

⁵⁶ V. *Convenio CIADI*, art.54(1).

⁵⁷ En algunos países, como Venezuela, puede existir el riesgo de que el tribunal de ejecución controle la constitucionalidad del laudo, en franca violación del Convenio CIADI [v. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, fallo N°1.942 del 15.7.03, caso *Rafael Chavero Gazdik en acción de nulidad por inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal*, el cual señaló que la ejecución de los laudos CIADI en el territorio del Estado Contratante se hace conforme a las normas de dicho Estado, por lo que un fallo violatorio de la Constitución venezolana se haría inejecutable en el país; Eugenio

IV. ANÁLISIS DE LOS APPRIs

Aun cuando los APPRIs que han celebrado los Estados de Latinoamérica tienen estructuras y redacción parecidas, los inversionistas deben analizarlos porque no siempre son iguales, los tribunales arbitrales han llegado a conclusiones distintas sobre el significado y/o alcance de disposiciones de APPRIs que eran similares y la jurisprudencia está dividida en muchos temas.⁵⁸ Por ende, el inversionista debe considerar estos elementos para tomar la decisión final sobre el Estado de origen de la inversión de las inversiones hacia Latinoamérica:

(A) Las definiciones de "inversionista" e "inversión": Para acceder a un APPRI es necesario que el inversionista tenga la nacionalidad de un Estado contratante y haya realizado una inversión en el territorio del otro Estado contratante. Cada APPRI define estos conceptos.

Los APPRIs se han basado esencialmente en el concepto de "nacionalidad" de un "inversionista" para determinar su aplicación. En el caso de las personas físicas, son aquellas que tengan la nacionalidad de uno de los Estados parte del APPRI según el

Hernández-Bretón, "El Arbitraje y las Normas Constitucionales en Venezuela: Lo Malo, lo Feo y lo Bueno", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°149, Caracas (jul.-dic. 2010), 17, p.396 ("De tal manera, el juez executor se convierte 'en el controlante de la constitucionalidad'"); Torrealba R., *Promoción y protección de inversiones en Venezuela* (Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008), p.156 y Torrealba R., "La Ejecución de Laudos...", cit., pp.1440-2.] El reconocimiento y ejecución de los laudos CIADI tampoco están exentos de escollos en los países desarrollados [v. Miguel Rábago Dorbecker, "El arbitraje internacional público y privado en la obra de Rodolfo Cruz Miramontes", Manuel Becerra Ramírez, Oscar Cruz Barney, Nuria González Marín y Loretta Ortiz Ahlf (Coord.), *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, T.I, Universidad Nacional Autónoma de México, CDMX (2008), pp.411-12.] Para la posición de Argentina frente a la ejecución de laudos CIADI, v. Titi, op.cit., pp.369-73.

⁵⁸ Los casos *Lauder* y *CME* son ejemplos de ello. Ronald S. Lauder, ciudadano estadounidense, era propietario de CME Czech Republic B.V., compañía neerlandesa. Esa compañía, a su vez, era propietaria de una compañía checa que tenía una licencia de televisión otorgada por el Estado. Cuando la República Checa revocó la licencia, CME Czech Republic B.V. inició un arbitraje bajo el APPRI República Checa-Países Bajos y el Sr. Lauder inició un arbitraje bajo el APPRI República Checa-EE.UU. En el primer caso, el tribunal arbitral consideró que la República Checa había violado la obligación de trato justo y equitativo [v. *CME Czech Republic B.V. vs. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo Parcial 624 (13.9.01)], mientras que, en el segundo caso, otro tribunal arbitral, sobre la base de los mismos hechos y con una norma básicamente igual, había llegado a la conclusión contraria [v. *Ronald S. Lauder vs. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo 3, p.74 (3.9.01)]. V. también *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. México*, caso CIADI N°ARB (AF)/04/05, Laudo (21.11.07) y *Corn Products Int'l., Inc. vs. México*, caso CIADI N°ARB (AF)/04/01, Decisión sobre Responsabilidad (15.1.18), que son decisiones contradictorias en relación con el impuesto especial mexicano sobre producción y servicios (IEPS) del 20% a los refrescos y jarabes que utilizaban el jarabe de maíz de alta fructosa y los casos citados en la nota siguiente.

ordenamiento jurídico de ese Estado.⁵⁹ Por otra parte, existen tres criterios básicos para determinar la nacionalidad de las personas morales: (1) el lugar de constitución, según el cual una persona moral forma parte del ordenamiento jurídico conforme al cual fue constituida y tiene la nacionalidad de ese Estado, independientemente del lugar y sede de sus actividades económicas o la nacionalidad de sus miembros, socios o accionistas; (2) el concepto de sede, según el cual el lugar de la gerencia real o sede de dirección efectiva de la persona moral determina su nacionalidad, también con independencia de la nacionalidad de sus miembros, socios o accionistas y (3) el concepto de control, según el cual la nacionalidad se determina en base a la nacionalidad de los miembros, socios o accionistas que son propietarios, poseen o controlan la persona moral.⁶⁰

Los APPRIs usualmente definen el concepto de inversión de manera muy amplia. De tal forma, muchas cosas pueden considerarse una inversión.⁶¹ La jurisprudencia de los

⁵⁹ V. *Manuel García Armas et al. vs. Venezuela*, caso CPA N°2016-08, Laudo sobre Jurisdicción 707 (13.12.19) (“La cuestión de si una persona posee o no la nacionalidad de un determinado Estado corresponde al derecho doméstico del Estado en cuestión. Sin embargo, los efectos de dicha nacionalidad en el plano internacional es un asunto que compete al derecho internacional”). Las dificultades se presentan en los casos de inversionistas con doble o múltiple nacionalidad [v. Eloy Anzola, “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones: el caso Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°154 (ene-dic. 2015), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas (2015), pp.684 y ss. y Torrealba R., “La definición de ‘inversionista’. La nacionalidad y el treaty shopping”, Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (Coord.), *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp.1249-52.) En *Manuel García Armas et al.*, cit., 734-7, los demandantes tenían nacionalidad española y venezolana. El tribunal aplicó el principio de la nacionalidad dominante para concluir que los demandantes tenían nacionalidad venezolana y declinó su jurisdicción bajo el APPRI *Venezuela-España*. En cambio, en *Luis García Armas vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB(AF)/16/1, Decisión sobre Jurisdicción 400-48 (24.7.20), el demandante también tenía nacionalidad española y venezolana. Venezuela alegó que el demandante había renunciado a la nacionalidad española. El tribunal consideró que la renuncia no había quedado demostrada y afirmó su jurisdicción bajo el mismo APPRI.

⁶⁰ La nacionalidad basada en el lugar de constitución o en el control de una entidad constituida en otro Estado debe existir en la fecha en la cual las partes consintieron el arbitraje (notificación de aceptación de la oferta a arbitraje o presentación de la solicitud de arbitraje) y mantenida en el día que el Secretario General del CIADI haya registrado la solicitud [v. *Fedax NV vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB/96/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción 17 (11.7.97).]

⁶¹ Entre ellas, las acciones, cuotas o participaciones en el capital social de una entidad legal constituida en el Estado anfitrión. Normalmente los APPRIs incluyen, como *numerus apertus*: (A) la propiedad de bienes muebles e inmuebles adquiridos o utilizados con la expectativa de obtener un beneficio económico o con otros fines empresariales, así como otros derechos reales relacionados con dicha propiedad; (B) derechos derivados de acciones, bonos y cualquier tipo de participación en sociedades y empresas conjuntas (“joint-ventures”); (C) reclamaciones pecuniarias derivadas de otros activos o de cualquier otra prestación que tenga un valor económico (muchos APPRIs excluyen del concepto de inversión: (i) las reclamaciones pecuniarias que se deriven única y exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios; (ii) el otorgamiento de créditos para financiar transacciones comerciales, tales

tribunales arbitrales ha establecido criterios para determinar lo que constituye una inversión bajo el Derecho Internacional Público. El caso líder, aunque controversial, es Salini,⁶² que estableció una prueba de cuatro elementos: (1) contribución de bienes o dinero; (2) cierta duración de la actividad; (3) participación en el riesgo del negocio y (4) contribución para el desarrollo económico del estado anfitrión. Muchos tribunales arbitrales han aceptado esa prueba, mientras otros han seguido variantes.⁶³

(B) La cláusula de denegación de beneficios: El APPRI puede establecer una cláusula de denegación de beneficios, basada la sustancia económica o principios similares. Según el modelo de APPRI de los EE.UU., e.g., los Estados contratantes pueden denegar los beneficios del acuerdo con base en los criterios de control, actividades de negocios sustanciales y relaciones económicas normales.⁶⁴

como financiamiento al comercio; (iii) los créditos con duración menor de un plazo determinado, de un nacional en el territorio de un Estado a un nacional en el territorio del otro Estado. No obstante, la excepción no aplica a los créditos que un nacional de un Estado otorgue a una persona moral del otro Estado, siempre que ésta sea propiedad o esté controlada, directa o indirectamente, por el primero); (D) derechos en el campo de la propiedad intelectual, procedimientos tecnológicos, prestigio y clientela ("good-will") y conocimientos técnicos ("know-how"); y (E) derechos derivados de concesiones. Salvo disposición expresa, el concepto de inversión incluye las inversiones indirectas [v. *Siemens AG vs. Argentina*, caso CIADI N°ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción 136-137 (3.8.04); *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia*, caso CIADI N°ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción 123-124 (6.7.07) y *Venezuela Holdings, B.V. et al vs. Venezuela*, antes conocido como *Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V., et al vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción 165 (10.6.10)].

⁶² V. *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos*, caso CIADI N°ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 52 (23.7.01).

⁶³ V. Grabowski, op.cit., p.290 y *KT Asia Investment Group B.V. vs. República de Kazakhstan*, caso CIADI N°ARB/09/8, Laudo ¶170 (17.10.13.) Sin embargo, en *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI N°ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción 220 (27.9.12), el tribunal había considerado que la contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión no es necesariamente un elemento objetivo de una inversión.

⁶⁴ V. Carta del Presidente de los EE.UU. de presentación del APPRI Ecuador-EE.UU. al Senado, N°S/S 9320385 (7.9.93), <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43558.pdf>, p.12, 2 ("Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations".) En igual sentido, según el art.14.14 del T-MEC: (1) un Estado parte del T-MEC podrá denegar los beneficios del Capítulo 14 (Inversión) a un inversionista de otro Estado parte que sea una empresa de ese otro Estado y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa: (a) es propiedad o está controlada por una persona de un Estado no parte del T-MEC o del Estado que deniega y (b) no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ningún Estado parte distinto del Estado que deniega y (2) un Estado parte podrá denegar los beneficios del Capítulo 14 a un inversionista de otro Estado parte que sea una empresa de ese otro Estado y a las inversiones de ese inversionista, si las personas de un Estado no parte poseen o controlan la empresa y el Estado que deniega adopta o mantiene medidas con respecto a un Estado no parte o a una persona de un Estado no parte, que prohíben transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de ese Capítulo fueran otorgados a la empresa o sus inversiones.

(C) Las protecciones sustantivas establecidas en el APPRI y su nivel:

(1) Trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas: Los APPRIs usualmente establecen las obligaciones del Estado anfitrión de otorgar un trato justo y equitativo⁶⁵ y protección y seguridad plenas a las inversiones extranjeras de los inversionistas del Estado de origen.⁶⁶

El trato justo y equitativo es un estándar flexible que depende de los hechos y el contexto del caso.⁶⁷ No obstante, los tribunales arbitrales han establecido algunos criterios concretos para su aplicación: (i) si el Estado anfitrión no provee al inversionista un marco legal estable y predecible; (ii) si el Estado anfitrión incumple alguna representación específica hecha al inversionista; (iii) si el Estado anfitrión viola el derecho al debido proceso del inversionista; (iv) si hay una absoluta falta de transparencia en los procedimientos legales o las acciones del Estado anfitrión; (v) si existe acoso, coerción, abuso de poder u otra conducta de mala fe del Estado anfitrión; o (vi) si los actos del Estado anfitrión son arbitrarios, discriminatorios o inconsistentes.⁶⁸

Algunos APPRIs, como el TLCAN y el T-MEC, limitan la protección al estándar mínimo de trato de derecho internacional consuetudinario.⁶⁹ Eso pone un tope al nivel de

⁶⁵ V. *Mondev Int'l. Ltd. vs. EE.UU.*, caso CIADI N°ARB(AF)/99/2, Laudo 117 (11.10.02).

⁶⁶ Así, e.g., los APPRIs México-Países Bajos y Venezuela-Países Bajos establecen que los Estados anfitriones deben: (i) garantizar a los inversionistas neerlandeses un trato justo y equitativo y no impedirán, a través de medidas injustificadas o discriminatorias, la operación, administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones que realicen dichos inversionistas y (ii) otorgar plena protección y seguridad a esas inversiones [v. *APPRI México-Países Bajos*, art.3(1) y *APPRI Venezuela-Países Bajos*, art.3(1).] Ese estándar de protección es más alto que el TLCAN y el T-MEC.

⁶⁷ V. *Mondev Int'l. Ltd. Vs. EE.UU.*, cit., 118.

⁶⁸ V. *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, caso CIADI N°ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad 284 (14.1.10).

⁶⁹ V. *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. vs. República de Costa Rica*, caso CIADI N°ARB/13/2, Laudo 452 (7.3.17) ("Por el contrario, el Tribunal Arbitral nota que el texto del APPRI no hace referencia alguna al derecho internacional consuetudinario, ni a un 'nivel mínimo de trato'. Esto tiene particular importancia dado que las Partes Contratantes del APPRI pudieron haber referido el estándar incluido en el APPRI expresamente a cualquiera de ellos. La ausencia de estas expresiones confiere un significado particular a la obligación de trato justo y equitativo bajo el APPRI."); *Azurix Corp. vs. Argentina*, caso CIADI N°ARB/01/12, Laudo 361 (14.7.06) ("...Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones 'trato justo y equitativo' y 'plena protección y seguridad' como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional.") y González de Cossío, "Arbitraje de inversión a la mexicana", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N°35, CDMX (2005), pp.171-2. Para la diferencia entre estándares y reglas en los APPRIs, v. González de Cossío, "Estándares en arbitraje de inversión: ¿choque de tradiciones?", *Arbitraje en Materia de Inversiones*, cit., pp.56 y ss.

protección y, por tanto, el agravio del Estado anfitrión tendría que ser muy grave para considerarse ilegal bajo ese estándar.⁷⁰

Respecto de la protección y seguridad plenas, los tribunales arbitrales han declarado que el Estado anfitrión está obligado a tomar medidas activas para proteger la inversión de los efectos adversos que se deriven de particulares o del Estado anfitrión y sus órganos.⁷¹ Así, el Estado anfitrión es responsable por acciones y omisiones.⁷² Aunque el estándar de protección y seguridad plenas está normalmente asociado con la seguridad física de los bienes del inversionista extranjero, algunos tribunales arbitrales han declarado que la protección se extiende a bienes intangibles (e.g., derechos bajo una concesión).⁷³

(2) Protección contra expropiaciones ilegales: Según los APPRIs, ninguno de los Estados puede adoptar medida alguna para expropiar las inversiones de nacionales del otro Estado, ni adoptar medidas que tuvieren un efecto equivalente a la expropiación en relación a tales inversiones, salvo que cumplan estas condiciones: (i) que las medidas se tomen en el interés público y de acuerdo con el debido procedimiento jurídico; (ii) que las medidas no sean discriminatorias o contrarias a ningún compromiso asumido por el Estado que las tome; y (iii) que las medidas se tomen previa justa compensación.⁷⁴

⁷⁰ V. *OKO Pankki Oyj y otros vs. República de Estonia*, caso CIADI N°ARB/04/6, Laudo 235 y 238 (19.11.07) (“...In the Tribunal’s view, the wording of Article 3 of the Estonia-Finland BIT is materially different from Article 1105(1) NAFTA: the term ‘in conformity with’ is not the same as the term ‘in accordance with’. Article 3 does not therefore prescribe treatment in accordance with international law with an FET standard as a subsidiary rule of customary international law, as was noted by the Saluka tribunal (cited above). To the contrary, as indicated by Dolzer & Stevens, the reference to international law reaffirms ‘that international law standards are consistent with, but complimentary to the provisions of the BIT’ (cited above); and it is not therefore intended as a ‘ceiling’. ... in the Tribunal’s view, its meaning significantly overlaps with the minimum standard under customary international law, this FET standard clearly provides a greater protection for the foreign investor. According to the minimum standard under customary international law, an investor is protected against the host state’s fraud, bad faith, capricious and willful discrimination or where the host state ‘deprives an investor of acquired rights in a manner that leads to the unjust enrichment of the State’.”)

⁷¹ V. *Frontier Petroleum Services Ltd. vs. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo Final 261 (12.11.10).

⁷² V. *Wena Hotels Ltd. vs. República Árabe de Egipto*, caso CIADI ARB/98/4, Laudo 85-8 (8.12.20).

⁷³ V. *National Grid P.L.C. vs. Argentina*, caso CNUDMI, Laudo 189 (3.11.08).

⁷⁴ Tal compensación representará el valor del mercado de las inversiones afectadas inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público, cualquiera que ocurra antes; e incluye intereses a una tasa comercial normal hasta la fecha de pago. V., e.g., *APPRI México-Países Bajos*, art.5(1) y *APPRI Venezuela-Países Bajos*, art.6.

La regla mencionada previene al Estado anfitrión tomar medidas que priven a los inversionistas extranjeros de sus inversiones sin compensación (lo cual usualmente es un principio general de la protección de la propiedad privada). La privación de la propiedad de la inversión puede derivar de expropiaciones directas por parte del Estado anfitrión (e.g., un decreto de expropiación que transfiere la propiedad de la inversión al ente expropiante); medidas estatales que, sin implicar necesariamente transmisión de propiedad, resulten en la destrucción de la inversión (expropiación indirecta) o un grupo de medidas estatales que, a lo largo del tiempo, resultan en la pérdida de la inversión (expropiación reptante, constructiva o “creeping expropriation”).⁷⁵ Para que la medida se considere una expropiación, la pérdida de valor del negocio debe equivaler a una privación de toda o parte significativa de la propiedad. Una medida que simplemente afecta la rentabilidad de un negocio no puede ser considerada como una expropiación.⁷⁶ Por otra parte, los APPRI no ofrecen protecciones contra el riesgo comercial, esto es, el riesgo propio de la operación regular del negocio.⁷⁷

(3) Transferencias: Normalmente los APPRI establecen el derecho a libres transferencias de pagos relacionados con la inversión en una divisa de libre convertibilidad, sin restricción o demora.⁷⁸ Ese derecho es muy relevante si el Estado anfitrión establece controles de cambios y/o precios, comunes en la región.

⁷⁵ V. *AIG Capital Partners Inc. y CSJ Tema Real Estate Company vs. República de Kazakhstán*, caso CIADI N°ARB/01/6, Laudo 10.3.1 (7.10.03) [“Expropriation (in relation to investments) conveys in a general sense the deprivation of an owner of his investment and its equivalent -i.e., to a “taking” of that investment. Expropriations (or measures tantamount to expropriation) include not only open deliberate and acknowledged takings of property (such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the Host State) but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner in whole or in significant part of the use or reasonably to be expected benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the Host State.”]; *Metalclad Corp. vs. México*, caso CIADI N°ARB(AF)/97/1, Laudo 103 (30.8.00) y González de Cossío, “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes”, cit., p.36.

⁷⁶ V. *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España*, caso SCC N°062/2012, Laudo 464-465 (21.1.16).

⁷⁷ V. Oliva de la Coteria, op.cit., p.11.

⁷⁸ V. APPRI México-Países Bajos, art.4(1) y APPRI Venezuela-Países Bajos, art.5. Dichos pagos incluyen usualmente, aunque no exclusivamente: (1) Ganancias, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes derivados de la inversión; (2) Sumas necesarias para la operación o expansión de la inversión; (3) Sumas adicionales necesarias para el desarrollo de una inversión; (4) Sumas para la amortización de préstamos; (5) Regalías u honorarios; (6) Ganancias de personas físicas; (7) Sumas necesarias para la adquisición de materia prima, materiales auxiliares y productos elaborados y semielaborados; (8) Sumas producto de la venta o liquidación de la inversión, y (9) Restituciones, indemnizaciones u otros pagos de pérdidas por caso fortuito, guerra o conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, motín, insurrección o rebelión.

(4) Trato nacional y nación más favorecida: Según los APPRIs, los Estados no pueden tratar a los nacionales del otro Estado o de terceros Estados y sus inversiones de una manera más favorable que el trato otorgado a sus propios nacionales en circunstancias similares relevantes.⁷⁹ Los tribunales arbitrales han declarado que el propósito de las cláusulas de no discriminación es prohibir el trato discriminatorio de las inversiones de los inversionistas del Estado de origen en el territorio del Estado anfitrión, en comparación con el trato otorgado por el Estado anfitrión a inversiones de inversionistas del Estado anfitrión y/o de terceros Estados.⁸⁰

(5) Cláusulas paraguas y de estabilización: La cláusula paraguas permite incluir disputas contractuales en el arbitraje de inversión como violaciones al APPRI.⁸¹ E.g., con base en el art. 3(4) del APPRI México-Países Bajos,⁸² un inversionista neerlandés podría reclamar cualquier incumplimiento contractual (o de cualquier otro compromiso por escrito) por parte del Estado mexicano como si fuera una violación del APPRI.⁸³ La cláusula de estabilización, por su parte, busca: “en una eventual modificación legislativa de una normativa menos favorable, garantizar que se siga aplicando a los inversionistas

⁷⁹ V. APPRI México-Países Bajos, art.3(2) y APPRI Venezuela-Países Bajos, art.3(2).

⁸⁰ V. *Ickale Insaat Limited Sirketi vs. Turkmenistán*, caso CIADI N°ARB/10/24, Laudo 328 (8.3.16). Un inversionista que alega discriminación debe probar: (i) que es un inversionista extranjero; (ii) que pertenece al mismo sector económico o empresarial que los otros inversionistas; y (iii) que fue tratado de manera diferente en función de su nacionalidad [v. *Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania*, caso CIADI N°ARB/05/8, Laudo 371 (11.9.07) y *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. vs. Montenegro*, caso CIADI ARB(AF)/12/8, Laudo 358 (4.5.16)], lo que puede resultar difícil, ya que normalmente se presume que los Estados han actuado de buena fe [v. *Tza Yap Shum vs. República de Perú*, cit. 125 (“A no ser que exista clara evidencia en contrario, ambas partes en este proceso merecen que su conducta se examine presumiendo su buena fe.”)].

⁸¹ V. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Paraguay*, caso CIADI N°ARB/07/29, Laudo 153 (10.2.12); *Société Générale de Surveillance vs. República de Filipinas*, Caso CIADI N°ARB/02/6, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción 154 (29.01.04) y González de Cossío, “¿Cuándo pacta es servanda? Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión”, Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (Coord.), *Foro de Arbitraje en Materia de Inversión: Tendencias y Novedades*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CDMX (2013), pp.327 y ss.

⁸² V. *APPRI México-Países Bajos*, art.3(4) (“Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación por escrito que haya asumido en relación a inversiones en su territorio por nacionales de la otra Parte Contratante. Las controversias surgidas respecto de dichas obligaciones, serán solucionadas únicamente de acuerdo a los términos contenidos en el contrato respectivo.”)

⁸³ Aunque esos incumplimientos podrían constituir una violación del APPRI, el inversionista sólo podría iniciar un arbitraje de inversión si el contrato base de la obligación no señala expresamente otro medio para resolver las controversias que deriven de esa obligación [V. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. vs. República de Paraguay*, caso CIADI N°ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción 154 (29.5.09) y *T-MEC*, Anexo 14-E (Solución de Controversias de Inversión México-EE.UU. relacionadas con Contratos de Gobierno Cubiertos.)]

anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados o contratos.”⁸⁴

(D) Cláusula de ultraactividad (“survival clause”): Esa cláusula opera si alguno de los Estados denuncia el APPRI o si queda terminado por otra razón, de especial significación para las inversiones a mediano o largo plazo y permite continuar la aplicación de las protecciones del APPRI a inversiones anteriores a su terminación.⁸⁵

(E) Consentimiento del Estado anfitrión: El arbitraje de inversión, al igual que el comercial, es un animal del consentimiento.⁸⁶ Por tanto, antes de hacer una inversión bajo alguna estructura, el inversionista debe establecer si los Estados parte del APPRI otorgaron su consentimiento a un arbitraje de inversión para resolver controversias entre inversionistas nacionales del Estado de origen y el Estado anfitrión y el alcance y limitaciones del consentimiento del Estado anfitrión. Algunas veces los Estados han descartado el arbitraje para ciertos tipos de controversias,⁸⁷ han limitado su consentimiento al arbitraje⁸⁸ o, antes de permitir el acceso al arbitraje, exigen un período de negociación amistosa, o lo condicionan al agotamiento o renuncia de

⁸⁴ V. Oliva de la Cotera, op.cit., p.11.

⁸⁵ V. Talamás Velázquez, op.cit., p.44, quien nota que los inversionistas extranjeros comprometen recursos a un plazo de por lo menos 30 años [“...por sus características propias, las inversiones extranjeras no son de fácil liquidación y restablecimiento en otra sede. Este fenómeno se conoce como obsolescent (sic) bargaining y consiste esencialmente en el desequilibrio que se genera en el poder de negociación entre las partes en favor del Estado receptor, una vez que la inversión ha sido realizada. Y es que al estar comprometido el inversionista a largo plazo, el Estado se encuentra en aptitud de realizar prácticas contrarias a los intereses del inversionista sin que éste las considere lo suficientemente graves como para cancelar sus proyectos de inversión.”] y Salacuse, op.cit., p.141. El 30.4.08, e.g., Venezuela denunció el APPRI Venezuela-Países Bajos, aparentemente por abusos (v. Hernández-Bretón, op.cit., 12, p.395 y Tejera Pérez, op.cit., p.67) y, como consecuencia de ello, el acuerdo quedó terminado el 1.11.08 [v. *Ol European Group B.V. vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB/11/25, Laudo 7 (10.3.15)]. Según el art. 14(3), el APPRI seguirá aplicándose por 15 años a las inversiones hechas antes de su terminación (v. Tejera Pérez, loc.cit.)

⁸⁶ V. Convenio CIADI, art.25; George A. Bermann, “The self-styled ‘autonomy’ of international arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 2, The Netherlands (jun. 2020), p.3 (“Arbitration after all is fundamentally a creature of contract”) y la doctrina citada en la nota 8; Phillippe Fouchard, Emanuelle Gaillard y Bethold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Ed. por Emmanuel Gaillard y John Savage, Kluwer Law International, The Hague, 1999), p.29 y Sonia Rodríguez Jiménez, *El Sistema Arbitral del CIADI* (Ed. Porrúa, CDMX, 2006), pp.114-16 y 377-88.

⁸⁷ V., e.g., el APPRI Ecuador-EE.UU. (11.5.95), art.X (El acuerdo se aplica a temas tributarios solamente respecto a la expropiación, las transferencias y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión).

⁸⁸ V., e.g., el APPRI República Popular China-República de Albania (1.9.95), art.8(3) (Solo consentimiento al arbitraje referente al monto de compensación por expropiaciones. Cualquier otra diferencia deberá ser resuelta ante los tribunales del Estado anfitrión) y Christoph Schreuer, “Investment Arbitration-Consent to Arbitrate”, *Course on Dispute Settlement*, CNUDMI, Nueva York y Ginebra (2003), https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add2_en.pdf, Module 2.3, pp.29-31.

instancias o recursos locales antes del inicio del arbitraje o a que la inversión se haya hecho conforme a la legislación el Estado anfitrión.⁸⁹

(F) Los Estados normalmente manifiestan su consentimiento al arbitraje en los APPRI (aunque también pueden hacerlo en un contrato⁹⁰ o en una ley doméstica⁹¹). Así, el APPRI o ley doméstica establecen una oferta a arbitrar y el inversionista presta su consentimiento y acepta dicha oferta en un momento posterior.⁹² Usualmente, el convenio arbitral se perfecciona cuando el inversionista notifica por escrito al Estado anfitrión la aceptación de la oferta o presenta la solicitud de arbitraje ante el CIADI.⁹³

⁸⁹ V., e.g., el APPRI Venezuela-Rusia (GO N°39.191 del 2.6.09), art.1(a).

⁹⁰ V. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB/00/5, Decisión sobre Competencia (27.9.01). También puede incorporarse en un contrato por referencia a otro instrumento. Así, en *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S vs. República de Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción (24.5.99), un contrato celebrado entre la demandante y el Estado anfitrión establecía una cláusula según la cual "este contrato se regirá por las leyes de la República Checa y el APPRI República Checa-República de Eslovaquia" ["this agreement shall be governed by the laws of the Czech Republic and the (BIT between the Czech and Slovak Republics)"]. La demandante argumentó que la cláusula incorporaba por referencia el consentimiento al arbitraje CIADI establecido en el APPRI mencionado. Eslovaquia alegó que la cláusula solamente establecía la ley aplicable ("merely a choice-of-law provision") y que el APPRI nunca había entrado en vigor. El tribunal revisó la historia de los borradores del contrato y observó que la cláusula final había reemplazado la cláusula de un borrador anterior que establecía arbitraje doméstico. Además, en esa versión anterior la referencia al APPRI incluía la frase "después de que sea ratificado", pero la versión final de la cláusula eliminó la frase. El tribunal concluyó que las partes tuvieron la intención de incorporar la cláusula de arbitraje CIADI del APPRI al contrato. Por otra parte, el consentimiento del Estado anfitrión también puede constar en un instrumento separado. En *Amco Asia Corp. et al. vs. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción (25.9.83), *ICSID Reports*, Vol.1, p.392, la inversionista había presentado una solicitud ante la Junta de Inversión Extranjera de Indonesia para constituir una compañía indonesia que llevaría a cabo la operación de la inversión. La solicitud establecía que cualquier diferencia sería resuelta mediante arbitraje CIADI. La Junta aprobó la solicitud. Indonesia aceptó la validez del acuerdo arbitral, pero objetó su aplicación a las partes en disputa y a la materia. El tribunal declaró que, si bien el consentimiento por escrito es indispensable según el art.25(1) del Convenio CIADI, no requiere una formulación única, solemne y ritual.

⁹¹ V. *Venezuela Holdings, B.V. et al vs. Venezuela*, cit., donde el tribunal consideró que la ley de inversiones extranjeras venezolana no contenía una oferta de arbitraje y Schreuer, "Investment Arbitration-Consent to Arbitrate", cit., p.8.

⁹² V. Rodríguez Jiménez, op.cit., p.398, Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.11, Issue 2 (Fall 1996), pp.449 y 481 y Schreuer, "Investment Arbitration-Consent to Arbitrate", cit., pp.17-21.

⁹³ V. Javier Díez-Hochleitner, "El Arbitraje Internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI", *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez/11-2005*, versión extractada del trabajo "Protección diplomática y arbitraje de inversiones", *Libro homenaje al Profesor Pastor Ridruejo*, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1381/documento/articuloUM.pdf?id=3209>, p.52 ["El APPRI tan sólo configura el contenido de posibles convenios arbitrales entre cada uno de los Estados partes y los nacionales de la otra parte (objeto, ley aplicable, etc.) y expresa la voluntad de la parte estatal de quedar vinculados por ellos. Así, pues, el consentimiento del inversor reclamante debe producirse posteriormente."]; Mezgravis y González, op.cit., pp.4-10; Schreuer, "Investment Arbitration-Consent to Arbitrate", cit., pp.11-15 y Torrealba R., "La Ejecución de Laudos...", cit., pp.1431-1434. Un comentarista reputado habla de arbitraje en ausencia de relación contractual [V. Paulsson, "Arbitration

Como toda oferta, es revocable mientras el inversionista no la haya aceptado, a menos que, obviamente, sea irrevocable por sus propios términos.⁹⁴ Por esa razón, cuando Venezuela denunció el APPRI Venezuela-Países Bajos el 30.4.08, varios inversionistas neerlandeses enviaron al Gobierno venezolano comunicaciones escritas aceptando la oferta de arbitraje, aun cuando no tenían una disputa de inversión pendiente, para asegurar el perfeccionamiento del acuerdo arbitral.

Las limitaciones y condiciones del consentimiento del Estado anfitrión pueden hacer que el proceso de solución de controversias sea muy oneroso para el inversionista. El TLCAN, e.g., condiciona el acceso al arbitraje a la renuncia al derecho “a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial... u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria” y a la espera de tres meses después de que el inversionista envíe una notificación detallada de la disputa al gobierno del Estado anfitrión.⁹⁵

El T-MEC es aún más restrictivo que el TLCAN. En primer lugar, el T-MEC distingue dos tipos de inversionistas: los que tienen contratos relativos a ciertos sectores económicos con el gobierno de un Estado Parte del tratado y los que no. Los sectores económicos cubiertos son: (1) actividades con respecto a petróleo y gas natural que una autoridad nacional de un Estado Parte controla, tales como exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta; (2) suministro de servicios de generación de energía al público a nombre de un Estado Parte; (3) suministro de servicios de telecomunicación al público a nombre de un Estado Parte; (4) suministro de servicios de transporte al público a nombre de un Estado Parte y (5) la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno de un Estado Parte.⁹⁶ Los inversionistas con contrato cuentan con acceso ilimitado al arbitraje internacional y podrán reclamar cualquier violación al T-MEC en el proceso arbitral (i.e., expropiación ilegal directa o indirecta, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y discriminación).⁹⁷ En

Without Privity”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1995), p.232 y Fernández de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, op.cit., pp.35-7.]

⁹⁴ V. Schreuer, “Investment Arbitration-Consent to Arbitrate”, cit., p.37.

⁹⁵ V. TLCAN, arts.1.119 y 1.121.

⁹⁶ V. TMEC, Anexo 14-E, 2(a)(i)(A) y 6(a)-(d).

⁹⁷ Id., Anexo 14-E, 2(a)(i).

segundo lugar, los inversionistas sin contrato sólo pueden reclamar en arbitraje bajo el T-MEC expropiaciones directas y discriminación, después de haber sometido la controversia a litigio ante los tribunales domésticos del Estado anfitrión por 30 meses.⁹⁸ Sólo podrán hacer valer todos los demás reclamos (i.e., expropiación indirecta, trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, que son los más comunes en arbitraje de inversión) ante los tribunales domésticos del Estado anfitrión.⁹⁹

(G) Cualquier regla específica del APPRI (e.g., la Cláusula sobre Desempeño del art.14.10 del T-MEC).

V. PASOS PARA HACER UNA NUEVA INVERSIÓN O REORGANIZAR UNA EXISTENTE

Con base en lo expuesto, es recomendable que el inversionista extranjero y sus asesores sigan estos pasos para planear una nueva inversión en Latinoamérica o revisar una inversión existente:

(A) Conocer cómo funciona el negocio y si requiere un contrato con el Estado anfitrión o alguna de sus instrumentalidades.

(B) Establecer cuál es la mejor jurisdicción desde la cual hacer una nueva inversión o analizar la estructura de inversión existente y revisar los APPRIs aplicables para determinar si la inversión estará o está protegida, respectivamente, y en qué medida. En ambos casos, deben establecer un plan de acción para cumplir los requisitos específicos del APPRI aplicable.

(C) Evaluar la neutralidad del Estado de origen de las inversiones y su posición frente a las inversiones extranjeras y las inversiones de sus nacionales en el extranjero; el sistema de gobierno, las leyes sustantivas y la vigencia del estado de derecho; el respeto a la propiedad privada; la red de APPRIs disponibles; el sistema fiscal y la red

⁹⁸ Id., Anexo 14-D, arts.24(D)(3) y 14(D)(5).

⁹⁹ Id. y Teddy Baldwin, Christina Doria y Franco, "The New NAFTA-The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) Brings Future Changes to ISDS", *Baker McKenzie Global Arbitration News* (2018), <https://globalarbitrationnews.com/the-new-nafta-20181004/>, passim. Respecto de inversionistas canadienses con inversiones en México y viceversa, se aplican los derechos sustantivos previstos en el T-MEC, pero Canadá no forma parte del mecanismo de solución de controversias del Capítulo de Inversión (que solo se aplica a los inversionistas nacionales de México y los EE.UU. y para inversiones entre esos dos países) (v. T-MEC, Capítulo 14.) Entre México y Canadá podría aplicarse el mecanismo de solución de controversias del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (v. DOF del 29.11.18). Entre EE.UU. y Canadá, los inversionistas solo pueden hacer valer las protecciones sustantivas del T-MEC ante los tribunales domésticos.

de convenios de doble tributación disponibles; la estabilidad de la moneda y del sistema político y económico; el idioma y ubicación geográfica; los estándares para el cumplimiento financiero, anticorrupción, antilavado, antiterrorismo, fiscal y corporativo, incluyendo reglas de sustancia económica; los regímenes especiales y/o incentivos para sociedades tenedoras de valores (holding)¹⁰⁰ y los costos involucrados.

(D) Si el inversionista no está satisfecho con la estructura y protección otorgadas a la inversión existente, debe evaluar una reestructuración corporativa,¹⁰¹ su propósito de negocios, la forma más eficiente de hacerla y las formalidades y tiempos de ejecución.

(E) En los casos mencionados, el inversionista estaría en el ámbito de la economía de opción y la buena fe, desde el punto de vista del Derecho Fiscal y del Derecho Internacional Público, ya que tiene la libertad de escoger o cambiar la estructura de sus inversiones, fundamentada en el principio de libertad económica o de empresa, usualmente de rango constitucional. Uno de los principios del Derecho Fiscal moderno es que toda persona puede organizar legalmente sus negocios de tal manera que el gravamen que le corresponda sea el menor posible, ya que los contribuyentes no están obligados a escoger como modelo comercial aquél que mejor pague al Fisco y ni siquiera puede considerarse que tienen el deber patriótico de aumentar sus impuestos.¹⁰² Sin embargo, el principio no es absoluto, ya que la mayoría de las legislaciones de los países Latinoamericanos han establecido límites mediante normas que facultan a las administraciones tributarias para desconocer, a fines fiscales, la celebración de negocios jurídicos sin un propósito de negocios distinto e independiente del simple ahorro fiscal.¹⁰³

Cuando los inversionistas extranjeros han ejecutado reorganizaciones que implican la enajenación, directa o indirecta, de la propiedad de la inversión a un tercero nacional de

¹⁰⁰ E.g., el régimen fiscal español de Entidades de Tenencia de Valores en el Extranjero (ETVE) (v. *Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades*, Boletín Oficial del Estado N°288, de 28.11.14 y *Real Decreto 634/2015*, Boletín Oficial del Estado N°165, de 11.7.15).

¹⁰¹ V. Poulton, Yarik Kryvoi, Finkel y Janek Bednarz, *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections* (BII/CL/Baker McKenzie, London, 2020), *biicl-baker-mckenzie--corporate-restructuring-and-investment-treaty-protections--2020.pdf*, pp.2-4 y Poulton, James Smith, Finkel y Oliver Pendred, "How to structure your investment", *Preserve, Protect and Defend...*cit., pp.12-15.

¹⁰² V. *Gregory vs. Helvering*, especialmente el razonamiento del Juzgado de Circuito, 293 U.S. 465 (1935), pp.468-470.

¹⁰³ V. *infra* V.(F)(3)(i).

otra jurisdicción, la defensa de estilo de los Estados demandados en arbitraje de inversión para objetar la jurisdicción del tribunal arbitral ha sido argumentar que el cambio de nacionalidad o la reestructuración de la inversión están limitados por el principio de buena fe y que debería aplicarse la teoría del levantamiento del velo corporativo, abuso de derecho o teorías similares para determinar la nacionalidad del inversionista y concluir que el beneficiario final o último inversionista¹⁰⁴ no ha cambiado. Hasta la fecha, los tribunales arbitrales han desechado esos argumentos en ausencia de normas expresas en el APPRI aplicable (e.g., denegación de beneficios).¹⁰⁵ Los tribunales han declarado que las reorganizaciones son legales y sus consecuencias deben reconocerse, siempre y cuando la disputa aún no exista o no sea inminente para el momento de la reorganización.¹⁰⁶ La posición de la minoría de árbitros ha sido exigir una revisión de la nacionalidad “real” del inversionista.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Definido en los convenios para evitar la doble tributación como el beneficiario efectivo (“Beneficial Owner”) y conocido en materia financiera y bancaria como el beneficiario efectivo final (“Ultimate Beneficial Owner-UBO”) [v., e.g., el Convenio de Doble Tributación Venezuela-EE.UU. (GO N°5.427 Ext. del 5.1.00), arts.10(2)(3)(4)(6) en materia de ganancias de capital y 11(2)(4)(6)(8) en materia de intereses y el Convenio de Doble Tributación México-Argentina (DOF del 18.8.17), arts.10(2)(4) en materia de dividendos y 11(2)(3)(5) en materia de intereses.]

¹⁰⁵ V. *Aucoven vs. Venezuela*, cit.; *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, caso CIADI N°ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29.4.04); *Aguas del Tunari, S.A. vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI N°ARB/02/03, Decisión sobre Jurisdicción (21.10.05); *Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo Parcial (17.3.06), *Phoenix Action Ltd. vs. República Checa*, caso CIADI N°ARB/06/5, Laudo (15.4.09), *Venezuela Holdings, B.V. et al vs. Venezuela*, cit.; Blackaby et al, op.cit., pp.462-4; Hernando Díaz-Candia, “Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N°15 (2020), http://rvlj.com.ve/?page_id=1502, pp.54-5 (“En general, los laudos de arbitraje de inversión se han decantado en su mayoría por afirmar que cuando: i. una entidad jurídica se crea o interpone en una cadena corporativa con el propósito específico de obtener la protección de un tratado bilateral, y ii. la sola existencia de esa entidad (o forma corporativa), aun sin mayor sustancia económica, satisface el requisito (literal) establecido en el tratado bilateral para calificar como nacional de un Estado ello no excede los límites fijados por la buena fe -ni es contrario a ella- por parte del inversionista, siempre y cuando: iii. la creación o interposición de la entidad se haya hecho antes de la existencia o nacimiento de la disputa o controversia. Se diferencia, así, el treaty shopping (práctica legítima) del treaty abuse (práctica no aceptada). Los árbitros no deben tener facultad para limitar el acceso al arbitraje de inversión importando, bajo la excusa o premisa de buena fe, requisitos o límites que no se desprenden en forma clara del texto de un tratado.”); Tejera Pérez, op.cit., p.68 y Torrealba R., “La definición de ‘inversionista’. La nacionalidad y el treaty shopping”, cit., pp.1246-9 y la doctrina citada en la nota 2.

¹⁰⁶ V. *Renee Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú*, caso CIADI N°ARB/11/17, Laudo 191 (9.1.15); *Philip Morris Asia Ltd. vs. The Commonwealth of Australia*, caso PCA N°2012-1, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad 585 (17.12.15) (“A dispute is foreseeable when there is a reasonable prospect that a measure that may give rise to a treaty claim will materialize.”) y *Lao Holdings N.V. vs. República Democrática Popular de Laos*, caso CIADI N°ARB(AF)/12/6, Laudo 68-83 y 122-57 (6.8.19).

¹⁰⁷ V. la opinión disidente del presidente del tribunal en *Tokios Tokelés*, cit. 20 (“Contrary to what the Decision maintains, when it comes to ascertaining the international character of an investment, the origin of the capital is relevant, and even decisive...Given the indisputable and undisputed Ukrainian character

En *Aucoven*,¹⁰⁸ ICA, una sociedad mexicana, reestructuró su inversión en Aucoven, sociedad venezolana, concesionaria de la autopista Caracas-La Guaira, al ceder el 75% de sus acciones a una sociedad holding estadounidense, antes de que hubiese una disputa. Venezuela alegó que la reestructuración había sido un abuso de la forma corporativa para acceder a la jurisdicción del CIADI. El Tribunal declaró que la reestructuración no constituía un abuso porque (1) Aucoven había constituido la sociedad holding ocho años antes de que celebrara el contrato de concesión y tal holding no era solo una sociedad fantasma, (2) Aucoven había solicitado y obtenido oportunamente la aprobación de Venezuela para la cesión y (3) la cesión se justificó por las dificultades de las compañías mexicanas para obtener financiamiento de proyectos debido a la crisis del peso mexicano.

En *Tokios Tokelés* (“TT”),¹⁰⁹ la demandante era una compañía constituida en Lituania, 99% propiedad de ciudadanos ucranianos, que se dedicaba al negocio de publicidad, publicaciones e impresión en Lituania y otros países. TT tenía actividades de negocios sustanciales en Lituania y había constituido una subsidiaria ucraniana, Taki Spravy, en 1994. TT reclamó que las autoridades ucranianas tomaron una serie de medidas arbitrarias que causaron daños a la subsidiaria y argumentó que las medidas fueron en respuesta a la publicación por parte de la subsidiaria, en enero de 2002, de un libro que retrataba favorablemente a Yulia Tymoshenko, política de la oposición ucraniana. Ucrania objetó la jurisdicción del tribunal al alegar que TT era, en términos económicos, una inversionista ucraniana en Lituania, no una inversionista lituana en Ucrania y por ello solicitó al tribunal que levantara el velo corporativo (obviando el lugar de constitución de TT) y determinara su nacionalidad según la nacionalidad predominante de sus accionistas y gerentes. El tribunal declaró que, según la definición del APPRI Ucrania-Lituania, el único elemento relevante para determinar si la demandante era inversionista de Lituania era si estaba constituida conforme a las leyes de ese país, como era el caso. El tribunal declaró que TT tenía actividades de negocios sustantivas

of the investment the Tribunal does not, in my view, give effect to the letter and spirit, as well as the object and purpose, of the ICSID institution.”), aunque omitió indicar que APPRI aplicable no establecía el criterio de control para determinar la nacionalidad del inversionista, no tenía una cláusula de denegación de beneficios y no exigía el origen del capital como elemento para definir la inversión; y el voto salvado en *Aguas del Tunari, S.A.*, cit., Declaración del árbitro José Luis Alberto-Semerena, pp.98-107 (21.10.05).

¹⁰⁸ *V. Aucoven vs. Venezuela*, cit., 123-6.

¹⁰⁹ *V. Tokios Tokelés vs. Ucrania* cit., 37-40.

en Lituania, que no había evidencia en el expediente que usara su nacionalidad para fines indebidos, que había sido constituida seis años antes de que el APPRI entrara en vigor y que, por tanto, no había sido creada manifiestamente para tener acceso al arbitraje CIADI.

En Aguas del Tunari, S.A. (“Aguas”),¹¹⁰ Bechtel Enterprises Holdings, Inc., sociedad estadounidense (“Bechtel”), tenía una participación indirecta, a través de su subsidiaria de las Islas Caimán, International Water (Tunari), del 55% en el capital social de Aguas, sociedad boliviana titular de una concesión de aprovechamiento de aguas y de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario en Cochabamba. Bechtel se asoció con Edison, S.P.A., sociedad italiana independiente (“Edison”), en una empresa conjunta. Para admitir la participación de Edison como nuevo socio, las partes acordaron una reorganización para constituir varias compañías en los Países Bajos y migrar International Water (Tunari) a Luxemburgo. Luego de la reorganización, Bechtel y Edison eran propietarios indirectos y en partes iguales, a través de varias sociedades neerlandesas y una luxemburguesa, del 55% del capital social de Aguas. Para el momento de la reorganización no existía una disputa. Ante la rescisión de la concesión, Aguas inició un arbitraje de inversión. Bolivia argumentó que las sociedades neerlandesas eran un tinglado y que la disponibilidad del APPRI Bolivia-Países Bajos era el resultado de cambios estratégicos en la estructura corporativa que constituían fraude o abuso de la forma corporativa. El Tribunal desechó esos argumentos y declaró que: (1) no existían elementos en el expediente que permitieran determinar fraude o abuso de las formas; (2) la empresa conjunta establecida por Bechtel y Edison comprendía muchas operaciones más que las relativas a Aguas como concesionaria; (3) en el expediente no constaban las razones por las que la empresa conjunta se estableció en los Países Bajos y no en otra jurisdicción, aunque la demandante señaló que la elección fue por razones fiscales; (4) la elección del lugar de establecimiento de una empresa conjunta suele obedecer a consideraciones fiscales, aunque otros factores, como la disponibilidad de APPRIs, pueden influir de manera importante en la decisión; y (5) en la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal (salvo prohibición

¹¹⁰ V. *Aguas del Tunari, S.A. vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, cit., 330.

expresa), que un inversionista establezca sus operaciones en la jurisdicción que considere más beneficiosa desde el punto de vista legal y regulatorio.¹¹¹

En Phoenix,¹¹² la reorganización ocurrió cuando ya había una disputa y la conclusión del tribunal fue distinta. En abril de 2001, las autoridades checas comenzaron investigaciones penales sobre evasión de impuestos y delitos aduaneros contra el Sr. Vladamir Beno. Para ese momento, el Sr. Beno era director de Benet Praha, Spol S.R.O. ("BP"), compañía checa. Los propietarios de BP eran familiares del Sr. Beno. BP era propietaria de Benet Group, A.S. ("BG"), también compañía checa. El Sr. Beno huyó a Israel, donde constituyó una compañía, Phoenix Action Ltd., en octubre de 2001 ("Phoenix"). En diciembre de 2002, los familiares del Sr. Beno vendieron a Phoenix el 100% de participación en BP por precios nominales. Para el momento de la venta, BP y BG estaban involucradas en sendas disputas legales (BG contra una persona física checa sobre la propiedad de dos compañías subsidiarias y BP contra las autoridades checas sobre el embargo de sus cuentas bancarias e incautación de documentos relacionados con la investigación penal contra el Sr. Beno). En febrero de 2004, Phoenix presentó una solicitud de arbitraje alegando que la República Checa había maltratado su inversión en BP y BG en violación del APPRI Israel-República Checa. La República Checa objetó la jurisdicción del tribunal arbitral y alegó que Phoenix no era más que una creación ex post facto de una compañía fachada israelí para lograr la diversidad de nacionalidad.¹¹³ El tribunal arbitral aceptó la objeción y declinó la jurisdicción al considerar que la inversión no fue hecha de buena fe y que constituía un

¹¹¹ Incluyendo la consideración del régimen fiscal y/o la legislación sustantiva del Estado anfitrión, que comprende la posibilidad de invocar un APPRI. El tribunal declaró: "Esta Decisión refleja la creciente red de remisiones, sobre la base de tratados, a arbitraje de ciertas controversias sobre inversiones. Aun cuando se denominan tratados de inversión 'bilateral', este caso aclara lo que ha sido evidente para los estados negociantes por algún tiempo, a saber, que, mediante la definición de 'nacional' o 'inversionista', dichos tratados fungen en muchos casos más ampliamente como portales a través de los cuales las inversiones son estructuradas, organizadas y, lo que es más importante, promovidas a través de la disponibilidad de un foro neutral. La terminología de la definición de nacional en muchos Tratados evidencia que la dirección de las inversiones de dicho nacional está plenamente en armonía con el objeto de los instrumentos y las motivaciones de los estados parte." (v. *Aguas del Tunari, S.A.*, cit., 332).

¹¹² *Phoenix Action Ltd. vs. República Checa*, cit.

¹¹³ *Phoenix Action Ltd. vs. República Checa*, cit., 34.

abuso del sistema CIADI, porque su único propósito fue convertir una disputa doméstica preexistente en una disputa internacional.¹¹⁴

Finalmente, en *Venezuela Holdings, B.V.*,¹¹⁵ el tribunal distinguió las disputas con respecto a agravios previos y posteriores a la restructuración. Mobil Corp. (“MC”), sociedad estadounidense, hizo inversiones en Venezuela bajo el programa de la Apertura Petrolera para actividades de explotación de hidrocarburos en el campo La Ceiba desde 1996 y para la producción y mejoramiento de crudo extrapesado en el Proyecto Cerro Negro desde 1997. Entre octubre de 2004 y agosto de 2006, Venezuela aumentó las tasas de regalías e impuesto sobre la renta y creó un nuevo impuesto de explotación. En 2005, MC reestructuró sus inversiones en Venezuela a través de una sociedad holding neerlandesa. En febrero de 2007, una ley ordenó la migración de las asociaciones petroleras existentes (incluyendo Cerro Negro y La Ceiba) a empresas mixtas con participación mayoritaria de PDVSA o sus filiales. MC y PDVSA no llegaron a un acuerdo sobre la migración y, en 2007, el Gobierno Venezolano dictó un decreto de expropiación y los activos y operaciones de Cerro Negro y La Ceiba fueron transferidos a PDVSA. Las demandantes iniciaron un arbitraje bajo el APPRI Venezuela-Países Bajos y la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana. Venezuela alegó que la restructuración constituía un abuso de derecho. Las demandantes afirmaron que el objetivo de la reestructuración era proteger las inversiones contra violaciones de sus derechos por parte de Venezuela al acceder al arbitraje del CIADI a través del APPRI mencionado. El tribunal consideró que ese era un objetivo perfectamente legítimo y afirmó su jurisdicción para las disputas surgidas después de la reorganización.¹¹⁶ Con respecto a las disputas preexistentes, el tribunal citó el caso *Phoenix*, declaró que la reorganización constituía una manipulación abusiva del sistema de protección de las inversiones internacionales y declinó su jurisdicción.

¹¹⁴ Id. 142. V. también *T-AD GmbH vs. República de Bulgaria*, CNUDMI caso PCA N°2011-06, Laudo de Jurisdicción 298-333 (18.7.13) y *Vito G. Gallo vs. Canadá*, CNUDMI, caso PCA N°55798, Laudo ¶¶281-297 (15.9.11) (el demandante no demostró que había adquirido las acciones de la sociedad receptora de la inversión antes de los agravios reclamados.)

¹¹⁵ V. *Venezuela Holdings, B.V. et al vs. Venezuela*, cit., 204-6.

¹¹⁶ V. en el mismo sentido *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. vs. Venezuela*, caso CIADI N°ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Méritos 280 (3.9.13).

(F) Cuando el inversionista diseñe una nueva estructura de inversión o la reorganización de una existente, debe armonizar los temas anteriores con los aspectos fiscales, que incluyen:

(1) Las consecuencias fiscales derivadas de la inversión o la reorganización en el Estado de origen, el Estado anfitrión y posiblemente terceros Estados;

(2) La mejor forma corporativa receptora de la inversión en el Estado anfitrión. En general, los inversionistas extranjeros prefieren operar en Latinoamérica a través de una sociedad anónima, ya que normalmente es la forma societaria más usada y aceptada en la práctica por los comerciantes, instituciones financieras, acreedores e inversionistas locales que, además, limita la responsabilidad de los accionistas. Los inversionistas estadounidenses, sin embargo, prefieren registrar en el Estado anfitrión la sucursal de una compañía extranjera o usar otras formas societarias para tener la posibilidad de considerar a la subsidiaria extranjera, que bajo el derecho aplicable es una entidad separada y distinta de sus socios o accionistas, como una entidad transparente o sucursal (“flow-through”) a los efectos del impuesto sobre la renta de los EE.UU.¹¹⁷ Los objetivos son limitar la responsabilidad por las actividades de la subsidiaria,¹¹⁸ consolidar los ingresos netos de la subsidiaria con los de su socio o accionista a efectos fiscales de los EE.UU. y gravarlos en ese país (con lo cual las ulteriores distribuciones de la subsidiaria no serían consideradas como dividendos gravables en EE.UU.), poder acreditar en los EE.UU. el impuesto pagado en el extranjero por la subsidiaria (“foreign tax credit”) y poder compensar en los EE.UU. las pérdidas operativas de la subsidiaria, entre otros.¹¹⁹ A los efectos fiscales de los EE.UU., la clasificación de entidades se realiza según las reglas de las Regulaciones del Departamento del Tesoro (y no según las leyes del país extranjero en el que está

¹¹⁷ V. Departamento del Tesoro de los EE.UU., *Final Regulations, Treatment of Changes in Elective Entity Classification*, <https://www.irs.gov/pub/irs-reg/td8844.pdf>, p.1 y *Treasury Regulations*, §§7701-2&3 (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2011-title26-vol18/pdf/CFR-2011-title26-vol18-sec301-7701-2.pdf>), conocidas como “Check-the-box Regulations.”

¹¹⁸ V. *Sarhank Group vs. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657 (2d Cir. 2005) (“The principal reason corporations form wholly owned foreign subsidiaries is to insulate themselves from liability from the torts and contracts of the subsidiary and from the jurisdiction of foreign courts. The practice of dealing through a subsidiary is entirely appropriate and essential to our nation’s conduct of foreign trade”).

¹¹⁹ V. Raymond M. Polantz, “Considerations on Whether to Check the Box for Foreign Subsidiaries” (1.8.16), *The Tax Adviser*, <https://www.thetaxadviser.com/issues/2016/aug/whether-to-check-box-for-foreign-subsidiaries.html>, passim.

constituida la entidad.) Bajo esas reglas, los contribuyentes de EE.UU. pueden elegir el tratamiento de entidad separada o transparente para entidades extranjeras distintas de las establecidas en una lista “per se”, que siempre serán tratadas como entidades separadas. Para los países de Latinoamérica, solo la sociedad anónima está en esa lista;

(3) La adecuación de la estructura de inversión a los planes estratégicos del inversionista y el cumplimiento y documentación, en el Estado de origen y en el Estado anfitrión, de las normas fiscales sobre (i) propósito de negocios, sustancia económica, fondo sobre forma o anti-elusión (“General Anti-Avoidance Rules-GAAR”). En general, esas normas permiten a las administraciones tributarias desestimar la personalidad jurídica de personas morales y hacer caso omiso de las formas contractuales, cuando no tengan un propósito de negocios independiente y demostrable, sean inapropiados a la realidad económica perseguida por el contribuyente y ello se traduzca en la disminución de las obligaciones fiscales.¹²⁰ La gerencia del riesgo país sería un propósito de negocios válido a efectos fiscales y (ii) entidades controladas en el extranjero.¹²¹ Bajo esas normas, los contribuyentes residentes fiscales en un Estado con régimen de renta mundial de impuesto sobre la renta, deben reportar en ese Estado, como ingresos, costos y gastos extraterritoriales propios, los ingresos, costos y gastos de ciertas entidades extranjeras controladas, en el momento en que son devengados por las entidades (e independientemente de que las entidades hayan distribuido esos ingresos como dividendos), y el impuesto se aplica en consecuencia;¹²²

(4) El impacto en la estructura de las iniciativas sobre la Erosión de las Bases y la Transferencia de Beneficios¹²³ de la Organización para la Cooperación y Desarrollo

¹²⁰ V., e.g., Código Fiscal de la Federación de México (DOF del 23.4.21), art.5-A y Código Orgánico Tributario de Venezuela (GO N°6.507 Ext. del 29.1.20), art.16. Normalmente, las decisiones de las administraciones solamente tienen implicaciones fiscales y no afectan las relaciones jurídicas de las partes según el derecho privado.

¹²¹ Con distintas denominaciones, como “Regímenes Fiscales Preferentes”, “Transparencia Fiscal Internacional”, “Jurisdicciones de Baja Imposición” o “Controlled Foreign Corporation Rules.”

¹²² V., e.g., Ley de Impuesto sobre la Renta de México (DOF del 23.4.21), arts.4B y 176-178 y Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela (GO N°6.210 Ext. del 30.12.15), arts.98-108. Las ulteriores distribuciones de dividendos por las entidades no son gravables, ya que las entidades se consideran transparentes para efectos fiscales.

¹²³ “Base Erosion and Profit Shifting-BEPS”. V. OCDE, *Proyecto BEPS, El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación, noviembre 2014*, <https://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf> y *Convención Multilateral para aplicar las Medidas Relacionadas*

Económico-OCDE. E.g., recientemente México y Argentina establecieron regímenes de revelación de esquemas o planificaciones fiscales siguiendo la Acción 12 del Plan BEPS;¹²⁴

(5) El tratamiento fiscal aplicable, en el Estado anfitrión y el Estado de origen (y posiblemente terceros Estados), a las rentas provenientes de o relacionadas con la inversión,¹²⁵ la aplicación de convenios para evitar la doble tributación y los requisitos formales y sustantivos para invocar los beneficios de esos convenios; y

(6) La aplicación de las normas de precios de transferencia del Estado anfitrión y posiblemente de terceros Estados, a los negocios jurídicos entre la entidad legal receptora de la inversión y entidades legales vinculadas o relacionadas. Según esas normas, para efectos del impuesto sobre la renta, las contraprestaciones de negocios jurídicos entre partes relacionadas deben ser iguales a los valores que hubiesen pactado partes independientes en condiciones de libre mercado.¹²⁶

(G) Finalmente, deben armonizar los demás temas, como aspectos de gobierno y cumplimiento corporativo; aspectos laborales y de inmigración del personal que contratará la entidad receptora de la inversión; aspectos regulatorios (e.g., controles de cambio y de precios, concesiones, licencias, permisos, habilitaciones, autorizaciones y registros de inversión extranjera); temas de comercio exterior y aduanas y los aspectos

con los *Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios*, <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>.

¹²⁴ Desde 2020, los asesores fiscales (personas físicas o morales) en México deben reportar al Servicio de Administración Tributaria ciertos esquemas de los cuales son responsables o cuando están involucrados en la totalidad de su diseño, comercialización, organización o implementación o cuando ponen a disposición la totalidad de uno de esos esquemas para su implementación por terceros. Se trata de esquemas que produzcan beneficios fiscales en México y que eviten: el intercambio de información entre autoridades fiscales, la aplicación de las normas sobre regímenes fiscales preferentes, la creación de un establecimiento permanente, la identificación del beneficiario efectivo de los ingresos, la aplicación de la tasa adicional del 10% a los dividendos distribuidos por compañías mexicanas o que transmitan pérdidas fiscales, entre otros (v. Código Fiscal de la Federación de México, arts.197-202.) Por su parte, la Administración Federal de Ingresos Públicos argentina estableció, mediante la Resolución General N°4838/2020 (v. Boletín Nacional del 20.10.20), el Régimen de Información de Planificaciones Fiscales [v. Jessica Massy, “Regímenes de revelación obligatoria de estructuras de planeación fiscal doméstica e internacional, antecedentes e impacto en Europa y América Latina”, *Derecho & Sociedad*, N°56 (agosto 2021), <https://doi.org/10.18800/dys.202101.010>, pp.24-38.]

¹²⁵ Incluyendo dividendos; reducciones y repatriación de capital; liquidación, fusión, escisión y reorganización de la entidad legal receptora de la inversión; ganancias de capital; regalías; intereses; asistencia técnica y servicios tecnológicos; servicios administrativos (“Back office”); acuerdos de repartición de costos (“Cost-sharing Agreements”); suministro de personal y arrendamientos de bienes.

¹²⁶ V., e.g., Ley de Impuesto sobre la Renta de México, arts.179-184 y Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela, arts.109-168.

operativos de la inversión, incluyendo la integración de la estructura al organigrama corporativo del inversionista, logística y cadena de suministros, financiamiento y flujos de efectivo.

CONCLUSIONES

El riesgo país es un tema vigente y estratégico para las decisiones de inversión extranjera en Latinoamérica y el arbitraje de inversión es una herramienta legítima para gerenciarlo. Una asesoría legal prudente debe considerar el arbitraje de inversión e integrar las visiones del abogado litigante y el consultor desde el principio del proceso de inversión. En consecuencia, los abogados que diseñan estructuras de inversión extranjera: (A) deben asesorar al inversionista en la escogencia de la mejor jurisdicción desde la cual hacer una nueva inversión o analizar la estructura de una inversión existente y revisar los APPRI aplicables para determinar si la inversión estará o está protegida y si es recomendable una reorganización. En ambos casos, deben establecer un plan de acción para cumplir con los requisitos del APPRI aplicable; (B) al escoger un APPRI, deben evaluar el ordenamiento jurídico, el sistema fiscal y la estabilidad del sistema económico y político del Estado de origen, revisar la definición de inversionista e inversión y las exclusiones, determinar si el APPRI tiene una cláusula de denegación de beneficios y sus requisitos, revisar las protecciones sustantivas y su nivel, determinar si el APPRI tiene cláusulas paraguas, de ultraactividad y estabilización y establecer si los Estados otorgaron su consentimiento a un arbitraje de inversión y sus limitaciones; (C) al diseñar una reorganización corporativa, deben verificar que no exista una disputa con el Estado anfitrión y que no sea inminente para el momento de su ejecución, así como cuidar los tiempos y formalidades de implementación y (D) deben armonizar los temas anteriores con los aspectos fiscales y los demás aspectos legales y operativos de la estructura de inversión.

EL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN VENEZUELA

Mención Especial Categoría Profesional

Juan Bautista Carrero Marrero¹

Resumen

El arbitraje estatutario es el que se instituye a través de una cláusula arbitral en los estatutos sociales de una persona jurídica con la finalidad de someter a arbitraje las disputas que se puedan suscitar en el seno de dicha persona jurídica. En el derecho venezolano no existe una normativa legal específica que lo regule. A la vez que, tampoco existen criterios jurisprudenciales claros sobre el tema. Por ello, mediante el presente trabajo se hace una revisión crítica de los principios constitucionales referidos al arbitraje, el principio de la autonomía de la voluntad y los límites sobre arbitrabilidad objetiva contenidos en nuestra Ley de Arbitraje Comercial, a los fines de determinar los aspectos fundamentales del arbitraje estatutario en Venezuela, la posibilidad de su implementación, su alcance y ofrecer soluciones a ciertos problemas que se podrían presentar en la práctica.

Palabras clave: arbitraje estatutos sociales arbitrabilidad objetiva laudo clausula compromisoria

THE STATUTORY ARBITRATION IN VENEZUELA

Abstract

Statutory arbitration is that which is instituted through an arbitration clause in the bylaws of a legal entity in order to submit to arbitration the disputes that may arise within said legal entity. In Venezuelan law there is no specific legal regulation that regulates it. At the same time, there are also no clear jurisprudential criteria on the subject. Therefore, through this paper a critical review of the constitutional principles referring to arbitration, the principle of autonomy of the will and the limits on objective arbitrability contained in our Commercial Arbitration Law is made, in order to determine the fundamental aspects

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Financiero (UCAB). Email: carrerojuanb@gmail.com

of statutory arbitration in Venezuela, the possibility of its implementation, its scope and offer solutions to certain problems that could arise in practice.

Keywords: arbitration bylaws objective arbitrability award arbitration clause

INTRODUCCIÓN

El arbitraje estatutario es el que se instituye a través de una cláusula compromisoria arbitral en los estatutos sociales de una persona jurídica con la finalidad de someter a arbitraje las disputas que se puedan suscitar en el seno de dicha persona jurídica.

En el derecho venezolano no existe una normativa legal que lo regule. A la vez que, tampoco existen criterios jurisprudenciales claros sobre el tema. Por ello, el presente trabajo tiene por finalidad abordar los aspectos fundamentales del arbitraje estatutario, la posibilidad de su implementación en Venezuela, su alcance y ofrecer soluciones a ciertos problemas que se podrían presentar en la práctica.

Nótese que en esta investigación preferimos hablar de Arbitraje “Estatutario” y no de Arbitraje “Societario”, por cuanto consideramos que los principios relativos a la implementación del acuerdo arbitral estatutario son aplicables a cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, y no se limitan exclusivamente a las sociedades mercantiles, tal como –erróneamente, en nuestro criterio- menciona parte de la escasa doctrina que ha comentado el tema. Razón por la cual, es perfectamente posible que se pacte un compromiso arbitral estatutario en cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, bien sea de naturaleza mercantil, tal como una sociedad anónima, o de naturaleza civil, tal como sería el caso de asociaciones civiles, sociedades civiles y fundaciones.

I. GERENCIA DEL CONFLICTO SOCIETARIO. UTILIDAD DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO.

Al igual que en cualquier otro ámbito, es muy común que en el seno de las sociedades se produzcan conflictos o desacuerdos entre sus integrantes. Lo cual no es, ni tiene porqué ser, algo negativo, ni que genere consecuencias negativas². Toda vez que, esos

² Germán Silva García, “LA TEORÍA DEL CONFLICTO. Un marco teórico necesario”, Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22 (2008): 29.

conflictos podrían terminar en acuerdos o soluciones beneficiosas para la sociedad y/o sus integrantes. Razón por la cual, lo importante es la manera como se resuelvan esas diferencias.

En función de ello, la gerencia del conflicto societario adquiere una gran importancia, pues en muchos casos un mal manejo del conflicto podría producir daños mayores al conflicto mismo o “soluciones” económicamente ineficientes. Una buena gerencia del conflicto debe comenzar antes de que aparezca el conflicto, en aras de evitarlo y/o disminuir la lesividad de sus efectos. En este sentido, una de las tareas más importantes de un buen asesor jurídico consiste en prever los distintos escenarios que podrían dar lugar a la aparición de conflictos que eventualmente se pudieran generar durante la vida del contrato societario, en aras de incluir estipulaciones contractuales que los eviten o minimicen. Así como, “los mecanismos a través de los cuales se busque solución a los conflictos que surjan de su interpretación o cumplimiento³”.

En este contexto, en virtud de la naturaleza misma de la dinámica societaria, la inclusión de un compromiso arbitral estatutario para someter a Arbitraje cualquier disputa societaria que pudiera presentarse apareja grandes beneficios para las partes involucradas. Entre los que destacan:

a) Celeridad. En el ámbito empresarial se requiere que la resolución de conflictos se produzca en el menor tiempo posible. Muchos conflictos societarios obstaculizan el normal desempeño de la sociedad, por lo que requieren de remedios procesales expeditos tales como el Arbitraje, cuya tramitación es mucho más rápida que los procesos judiciales.

b) Validez, Ejecución y Reconocimiento: El Laudo dictado por los árbitros, que resuelve el conflicto, tiene efectos plenos obligatorios para las partes, es ejecutable en Venezuela y puede ser reconocido y ejecutado en los 164 países que suscribieron la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York (1958). Lo cual es una gran ventaja para los casos en que se requiera la ejecución del Laudo en el exterior.

³ Ricardo Manuel Rojas, Fundamentos praxeológicos del derecho (Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2018) 212.

c) Confidencialidad: A diferencia de lo que sucede en los procedimientos judiciales ordinarios, que por regla general son de acceso público, aquí las partes pueden pactar la confidencialidad del arbitraje, lo que resulta muy apropiado en aquellas disputas cuya publicidad podría generar daños reputacionales a la sociedad, poner en evidencia secretos industriales, exponer información sensible que de alguna manera pudiese afectar el desempeño económico de la sociedad o constituir medios de pruebas que pudiesen usarse en otros procedimientos en contra de sus integrantes y/o la sociedad misma.

d) Idoneidad y Especialidad de los Árbitros: A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial ordinario, donde los jueces están previamente nombrados por el Estado, el arbitraje estatutario le permite a las partes designar como árbitros a aquellos profesionales que por su formación y trayectoria profesional estimen como los más convenientes, capaces e imparciales para resolver la controversia.

Adicionalmente, la experiencia demuestra que este medio de resolución de conflictos, donde las partes pueden diseñar su procedimiento y elegir a sus árbitros, es percibido como “más legítimo”, y acatado de mejor manera que los procedimientos judiciales ordinarios. Prueba de ello radica en el hecho de que las estadísticas demuestran que el porcentaje de acciones de nulidad contra los laudos arbitrales es mucho menor que los porcentajes de recursos contra las sentencias, y que el porcentaje de cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales es mucho mayor que el porcentaje de cumplimiento voluntario de las sentencias judiciales.

Razones por las cuales, es evidente que el arbitraje estatutario es una herramienta útil, legítima, efectiva y apropiada para la resolución de disputas societarias.

II. ALCANCE DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN VENEZUELA.

En el ordenamiento jurídico venezolano no existe norma alguna que de manera específica consagre y regule la figura del arbitraje estatutario (ni la del arbitraje societario). Por lo tanto, para determinar su factibilidad legal, límites y ámbito de aplicación, necesariamente debemos partir del análisis de los principios constitucionales que facultan su implementación, la autonomía de la voluntad y la capacidad de la partes

para incorporarlo y, por supuesto, los límites sobre la arbitrabilidad objetiva contenidos en nuestra Ley de Arbitraje Comercial.

1. Factibilidad del Arbitraje Estatutario en Venezuela.

El artículo 20 de la Constitución establece que “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. Lo que garantiza el principio amplio de libertad de las personas y establece el sistema de vinculación negativo del ciudadano frente a la ley, conforme al cual “todo lo que no está prohibido por la norma se entiende, pues, permitido⁴”. Como consecuencia de ello, visto que en el ordenamiento jurídico venezolano no existe norma alguna que prohíba la implementación del arbitraje estatutario, es obvio que las partes tienen plena libertad para pactarlo. Sumado a ello, el artículo 115 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad y consagra que toda persona tiene el derecho a disponer de sus bienes y derechos patrimoniales, lo que por vía de consecuencia también las faculta a pactar los medios de resolución de controversias que afecten a sus derechos patrimoniales.

Los artículos 253 y 258 de la Constitución expresamente establecen que los medios alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se encuentra el arbitraje, forman parte de nuestro sistema de justicia. Lo que ha sido interpretado por la doctrina jurídica más calificada como la consagración del derecho fundamental al arbitraje. Así como, la consagración del principio pro-arbitraje, conforme al cual, en caso de dudas, “la aplicación e interpretación de la normativa en materia de arbitraje debe ser hecha de manera que se estimule el arbitraje⁵”, en aras de extender su eficacia.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial define el compromiso arbitral como “un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual” y establece que el mismo puede “consistir

⁴ Juan Alfonso Santamaría, Principios de Derecho Administrativo, Volumen I (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2002), 92.

⁵ Eugenio Hernández-Bretón, “ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN: EL ARBITRAJE COMO DERECHO FUNDAMENTAL” en Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005) 30.

en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente”. Lo cual es perfectamente compatible y aplicable al Arbitraje Estatutario.

Como consecuencia de estas bases constitucionales y legales podemos concluir que en el derecho venezolano es perfectamente legal, legítimo y posible pactar compromisos arbitrajes estatutarios.

2. Límites y Alcance Objetivo del Arbitraje Estatutario.

Luego de precisar la viabilidad legal del arbitraje estatutario en Venezuela, nos corresponde determinar cuáles son sus límites y alcances.

Considerando que durante el transcurso de la vida societaria se pueden generar desacuerdos relacionados con las decisiones de las asambleas y la gestión de la sociedad, que podrían dar lugar conflictos de diversa índole, resulta importante analizar si todos los conflictos societarios son susceptibles de ser resueltos mediante Arbitraje. Con la finalidad de determinar el alcance del arbitraje estatutario.

A tales fines, consideramos que el punto de partida para determinar el alcance del arbitraje estatutario radica en el hecho de que el llamado arbitraje estatutario no es más que la inclusión de un compromiso arbitral en los estatutos de una determinada persona jurídica y, en consecuencia, no constituye una categoría distinta a la del arbitraje en general. Razón por la cual, se encuentra sujeto y regulado por los mismos principios que regulan al arbitraje en general.

De allí que, en nuestra opinión cualquier disputa societaria que detente de arbitrabilidad objetiva, es decir, que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, será perfectamente arbitrable.

Así las cosas, cualquier conflicto societario que verse sobre derechos disponibles será perfectamente arbitrable, con excepción de las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

c) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

A raíz de ello, en función del criterio jurisprudencial vinculante contenido en la sentencia N° 1541, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17/10/2008, la doctrina jurídica más calificada ha concluido que el criterio para determinar si una determinada controversia puede ser sometida a arbitraje consiste en discernir si la misma puede ser conocida por un juez con competencia mercantil, caso en el cual, también podrá ser conocida por un árbitro. Así lo expresó el Dr. Ramón Escovar Alvarado:

...en congruencia con el Derecho venezolano, todo tribunal arbitral puede conocer y decidir las mismas controversias que son conocidas y decididas por un tribunal judicial ordinario como competencia en materia mercantil. De manera tal que la regla sobre la arbitralidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico sea que: si una determinada materia puede ser conocida y decidida por un juez con competencia en materia mercantil, entonces dicha materia detenta arbitralidad objetiva y, por ende, puede ser conocida y decidida por un tribunal arbitral. Y para determinar si un tópico posee arbitralidad objetiva no es fundamental que este sea regido por normas imperativas, de orden público interno o internacional⁶.

Visto que casi toda la materia societaria se inserta en el ámbito del principio de la autonomía de la voluntad, y visto que las posibles disputas societarias usualmente se derivan de desacuerdos relacionados con decisiones de las asambleas y con la gestión de las sociedades, que por su propia naturaleza implican derechos disponibles, somos de la opinión que, en principio, cualquier conflicto societario es susceptible de ser resuelto mediante Arbitraje. Más aún si tomamos en cuenta que tales conflictos corresponden a la esfera de la competencia del juez mercantil.

Sin embargo, lo anterior no constituye una premisa absoluta, pues podrían ocurrir situaciones que excedan los límites de la arbitralidad objetiva, tal como sería el caso de que, por ejemplo, el conflicto societario implique la necesidad de determinar responsabilidades penales, lo cual obviamente no podría ser susceptible de arbitraje.

⁶ Ramón Escovar Alvarado, "El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No. 13 (2020): 540.

De allí que, a modo de conclusión, si bien en principio casi todo conflicto societario podría ser resuelto mediante arbitraje, habría que determinar caso por caso, si la disputa en cuestión no se encuentra incurso en las causales de inarbitrabilidad contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial.

3. El Momento de Inclusión del Compromiso Arbitral Estatutario.

“El acuerdo arbitral en una sociedad puede estar presente desde su inicio en su estatuto o contrato social o puede ser introducido posteriormente⁷”. Sin embargo, el momento de la incorporación del compromiso arbitral estatutario es un tema que merece especial atención porque tiene una serie de particularidades y consecuencias que podrían generar problemas.

Si el compromiso arbitral se estipula e incorpora a los estatutos sociales en el momento de constitución de la persona jurídica (de derecho privado), no hay ningún problema, ni duda alguna de que todos sus socios o integrantes (según el tipo de persona), manifestaron su consentimiento de someter sus eventuales controversias a arbitraje. Razón por la cual, el compromiso arbitral estatutario es obligatorio para todos ellos.

Ahora bien, visto que el contrato de sociedad se ejecuta en el tiempo, podría suceder que, en algún momento posterior a la constitución de la sociedad, sus integrantes decidan incorporar la cláusula arbitral estatutaria. Y esto podría traer dificultades en el caso de que esta medida no cuente con el consenso de todos los socios o integrantes de la persona jurídica. Pues:

¿Qué pasa con quienes no participaron o quienes se opusieron?

¿El Acuerdo de Arbitraje Estatutario incorporado tiene efectos contra ellos? ¿Los vincula?

Lamentablemente, en el ordenamiento jurídico venezolano no existe una norma específica que regule este supuesto. Razón por la cual, para dar respuesta a estas interrogantes debemos analizar la normativa general existente. Al hacerlo encontramos dos líneas argumentales distintas que conducen a soluciones opuestas. Una sobre la

⁷ Humberto Vargas, “Arbitraje societario: Impacto del Código Civil y Comercial en la materia. Necesidad de una regulación expresa en la LGS”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), 1477.

base de razonamientos propios del derecho mercantil y la otra en función de los principios y normativas que regulan el arbitraje.

Para los defensores de la primera línea argumental, la inclusión del compromiso arbitral estatutario con posterioridad al acto constitutivo es perfectamente válido y obligatorio para todos los integrantes de la sociedad. Incluso para quienes se opusieron o no participaron. En virtud del mandato legal expreso contenido en el artículo 289 del Código de Comercio, conforma al cual “Las decisiones de la asamblea, dentro de los límites de sus facultades, según los estatutos sociales, son obligatorias para todos los accionistas, aún para los que no hayan concurrido a ella”.

Esa posición es muy respetable y se fundamenta en una disposición legal expresa. Sin embargo, no la compartimos, pues en nuestro criterio resulta contraria a las normas y principios generales del arbitraje.

En efecto, el arbitraje es producto de la autonomía de la voluntad de las partes. Lo que trae como resultado que ninguna persona pueda obligar a otra a acudir a arbitraje en contra de su consentimiento.

Tal como muy bien explica Ivette Esis et al:

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento corresponde al acuerdo de dos o más voluntades en atención al artículo 1.159 del Código Civil (CC). La manifestación de la anuencia de las partes de seleccionar la vía arbitral como el mecanismo de resolución de un eventual conflicto –contractual o no- se efectúa por medio del compromiso arbitral o de la también llamada cláusula arbitral, tal como se indica en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC):

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual⁸”.

En consecuencia, es evidente que la decisión incorporar el arbitraje estatutario, por parte de algunos miembros de una sociedad, por muy mayoritarios que sean, no puede serle impuesta a aquellos otros miembros que no estuvieron de acuerdo o no

⁸ Ivette Esis et al, Tendencias en el arbitraje financiero en Venezuela y consideraciones sobre los costos y la financiación en asuntos arbitrales (Caracas: Fred Aarons P., 2015), 31.

participaron en dicha decisión, quienes no quedan obligados, ni vinculados a ese compromiso arbitral que no consintieron.

Esta conclusión está en sintonía con la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, que en múltiples sentencias ha establecido que los compromisos arbitrales deben ser producto de la voluntad expresa, clara, inequívoca e indubitable de las partes de seleccionar el arbitraje como el mecanismo para la resolución de sus controversias.

4. Alcance o Vinculación Subjetiva del Arbitraje Estatutario.

4.1 En relación con los socios o integrantes.

Si el compromiso arbitral estatutario se incorporó en el momento de la constitución, es obvio que todos los socios, integrantes o accionistas que formaron parte de la constitución de la persona jurídica quedan vinculados por la cláusula de arbitraje contenida en los estatutos.

De la misma manera, si la incorporación se produjo en un momento posterior, todos los socios, integrantes o accionistas que manifestaron su voluntad de incorporar la cláusula de arbitraje estatutaria quedan vinculados por ella.

Ahora bien, en caso de que con posterioridad a la inclusión del compromiso arbitral estatutario ingresen nuevos socios o accionistas a la sociedad, surge la duda de si estos nuevos socios también quedan vinculados a dicho compromiso o no.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado que los nuevos socios quedan automáticamente sometidos y obligados al arbitraje estatutario, por cuanto su incorporación a la sociedad manifiesta su voluntad de aceptar y aprobar todos los términos, obligaciones y condiciones contenidos en el contrato societario y sus modificaciones (si las hubiera).

En ese orden de ideas, en su artículo titulado “El Arbitraje Societario”, la profesora Sonia Calaza López escribió:

“El sometimiento individual a la cláusula compromisoria de los sujetos ajenos al ente social viene, asimismo, determinada por la voluntaria incorporación de éstos a la sociedad en el preciso momento en el que adquieren la condición de socio o accionista puesto que, tal y como ha tenido ocasión de matizar la doctrina, la voluntad de este

nuevo socio o accionista, cuando adquiere la acción o participación, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas y condiciones del estatuto sin que sea admisible exigir, a mayores, un consentimiento explícito de adhesión parcial⁹.

A pesar de que compartimos ampliamente este criterio, somos de la opinión que, para evitar dudas y problemas, lo más recomendable es que los nuevos socios suscriban un documento donde manifiesten expresamente su voluntad de someterse al compromiso arbitral contenido en los estatutos.

4.2 En relación con los Administradores.

Algunos sectores de la doctrina se preguntan si la cláusula arbitral societaria resulta extensiva y obligatoria para los administradores sociales.

La respuesta a esa interrogante dependerá de las circunstancias particulares del administrador. Si el administrador es socio, integrante o accionista de la persona jurídica, no hay dudas de que el compromiso arbitral incluido en el documento estatutario le es plenamente aplicable. No por su condición de administrador, sino por ser parte en el contrato social. En cambio, si el administrador no es socio, integrante, ni asociado de la persona jurídica en cuestión, es obvio que el mismo es un tercero ajeno al contrato social, y por lo tanto, el compromiso arbitral contenido en los estatutos no le es oponible, ni obligatorio.

A pesar de ello, es de advertir que un sector de la doctrina considera que, a pesar de no ser integrante del pacto social, el administrador queda igualmente obligado por la cláusula arbitral estatutaria en vista de que al aceptar el cargo, el administrador se somete a cumplir con los estatutos sociales y estos pasan a ser vinculantes y de obligatorio cumplimiento para él¹⁰.

5. La Posibilidad del Arbitraje Internacional.

Tal como hemos dicho a lo largo del presente trabajo, el arbitraje estatutario no es más que la inclusión de un compromiso arbitral en los estatutos de una persona jurídica de

⁹ Sonia Calaza López, "El Arbitraje Societario", BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO UNED 21 (2003): 205.

¹⁰ Carlos Molina, Arbitraje Societario (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006), 59-60.

derecho privado con la finalidad de someter a arbitraje cualquier disputa que eventualmente se presente en el seno de dicha persona jurídica.

Ahora bien, dependiendo de las características y condiciones particulares de la persona jurídica cuyos estatutos contemplan el compromiso arbitral y de sus socios (o integrantes), es posible que la alternativa más adecuada a su caso venga dada por un arbitraje internacional o celebrado en otro país. Bien porque todos, o parte de sus socios o integrantes, son nacionales de otro u otros países, o porque el laudo será ejecutado en otro país y desean ahorrarse el procedimiento de reconocimiento para facilitar su ejecución, o simplemente porque lo consideren más conveniente en función de sus intereses.

En este caso, somos de la opinión que es perfectamente posible que en la cláusula arbitral societaria sus partes pacten tal posibilidad, siempre que existan elementos de conexión internacionales que lleven a la conclusión de que se trata de un pacto arbitral internacional, a tenor de lo establecido en la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia el 09 de octubre de 1997, con ocasión del caso “Embotelladora Caracas, C.A”, también conocida como “Sentencia Pepsi Cola”.

Sobre el particular, comentando la referida sentencia, la doctrina venezolana más calificada ha señalado:

La admisibilidad de la derogación de la jurisdicción venezolana por sumisión a árbitros que resuelvan en el extranjero hizo necesario examinar las diferencias doctrinales y jurisprudenciales acerca de la necesidad o no de que el acuerdo arbitral fuese considerado “internacional” desde la perspectiva del tribunal nacional ante el cual se hace valer dicha cláusula. La CSJ se inclinó por afirmar que el acuerdo debe ser “internacional”. Tal carácter debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencias de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios). Acogió, además, la recomendación de la doctrina extranjera de que esos criterios no sean utilizados de manera excluyente, sino que sean usados en tanto sean útiles. De esta forma se debe dar una interpretación amplia a la noción de carácter de “internacional” del acuerdo¹¹.

¹¹ Eugenio Hernández-Bretón, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 109 (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998): 145.

En función de ello, siempre que en el caso concreto existan elementos de “extranjería” relevantes, somos de la opinión que las partes, a través del compromiso arbitral estatutario, pueden pactar que sus controversias societarias sean resueltas a través de un arbitraje internacional.

Esta posibilidad se torna relevante desde el punto de vista de la gerencia del conflicto, ya que le abre otra gama de posibilidades a las partes, que en definitiva podrían traducirse en la simplificación de la ejecución del laudo que resuelva la controversia o en la imposición de barreras de acceso al medio de resolución del conflicto.

6. Qué debe contener y qué debe evitar el compromiso arbitral estatutario.

Al ser un compromiso de arbitraje, es obvio que la cláusula arbitral estatutaria debe cumplir con todos los requisitos formales y materiales que garanticen su eficacia, validez e implementación. En consecuencia, debe observar la regulación contenida en los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje comercial, que textualmente establecen:

Artículo 5º. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

Artículo 6º. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

De la misma manera, debe observar los extremos exigidos conforme a los criterios jurisprudenciales sobre la materia. Por lo tanto, deben expresar la voluntad clara, inequívoca, sin ambigüedades e indubitable de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias “societarias” que puedan surgir entre ellas.

Asimismo, a la hora de su redacción se debe ser muy cuidadoso en aras de evitar errores y patologías que podrían generar la ineficacia, el desconocimiento jurisdiccional de la voluntad de las partes de resolver sus disputas estatutarias mediante arbitraje o generar inconvenientes en el desarrollo del procedimiento arbitral. En Venezuela, el Dr. Ramón Escovar Alvarado, en representación de la doctrina jurídica más calificada ha señalado que “los principales defectos de la redacción de los acuerdos de arbitraje son: (i) carácter optativo; (ii) falta de certeza; (iii) inoperatibilidad¹²”.

Las patologías por carácter optativo se producen cuando en el compromiso arbitral se faculta a las partes decidir indistintamente u optar entre someter sus controversias a arbitraje o a la jurisdicción ordinaria. Las patologías por falta de certeza son el resultado una redacción vaga e imprecisa que no evidencie la voluntad clara de las partes de someter sus disputas a arbitraje. Así como de errores, tales como someter las disputas a centros de arbitraje inexistentes. Las patologías por términos inoperantes o inejecutables se generan cuando el compromiso arbitral haya determinado a priori las personas que constituirían el tribunal arbitral y éstas hayan muerto, o cuando se establezcan requisitos tan extremos para ser designado árbitro que en la práctica nadie los cumpla.

Ahora bien, vistas las consecuencias que se derivan de la inclusión de un compromiso arbitral estatutario, así como, de los beneficios que apareja la resolución de conflictos estatutarios por medio del arbitraje, siguiendo el criterio de María Palacios La Manna, somos de la opinión que, la inclusión de una buena cláusula arbitral en los estatutos sociales, bien redactada y sin patologías, es “una estrategia procesal que garantiza la mayor seguridad jurídica las partes del contrato, permitiendo el ahorro de tiempo, energía y recursos económicos¹³”.

¹² Ramón Escovar Alvarado, “Interpretación del Acuerdo de Arbitraje Comercial”, en Memoria Arbitral, ed. Centro Empresarial del Conciliación y Arbitraje CEDCA (caracas, 2011), 266.

¹³ María Palacios La Manna, “Elementos para la redacción eficaz de cláusulas arbitrales”, en ANUARIO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO N° 3 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2021), 365.

CONCLUSIONES

El Arbitraje Estatutario se puede implementar en todo tipo de sociedades, asociaciones, fundaciones y formas asociativas entre empresas. Toda vez que los principios relativos a la implementación del acuerdo arbitral estatutario son aplicables a cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado. Razón por la cual, no se debe limitar al ámbito de las compañías anónimas o sociedades de comercio, pues la comercialidad no es su elemento definitivo.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente legal, legítimo y posible pactar compromisos arbitrajes estatutarios.

El Arbitraje Estatutario constituye una herramienta muy útil al someter la resolución de disputas societarias a un medio de resolución de conflictos rápido, eficaz y confidencial (si así se pacta) como lo es el Arbitraje.

El Pacto Arbitral Estatutario debe referirse a “conflictos societarios”, es decir, litigios entre las partes integrantes del contrato social, cuyo objeto se encuentre íntimamente relacionado con la sociedad o sea conexo con la misma. Evidentemente, la cláusula arbitral estatutaria debe referirse a controversias “intrasocietarias” y no vincula a terceros.

En cuanto a sus límites objetivos, cualquier disputa societaria que detente de arbitrabilidad objetiva, es decir, que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, es perfectamente arbitrable.

La inclusión de una buena cláusula arbitral en los estatutos sociales, bien redactada y sin patologías, le brinda certeza y seguridad jurídica a los integrantes del contrato societario.

Nuevos desafíos del arbitraje: *compliance* en ciberseguridad y protección de datos

Ganador Categoría Estudiante

Wilfredo Monsalve García¹

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. *Compliance*: una respuesta efectiva ante los nuevos riesgos que enfrenta el arbitraje. 2. La mitigación de los riesgos asociados a la ciberseguridad. 2.1. El Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del International Council for Commercial Arbitration (ICCA), la New York City Bar Association (NYC Bar) y el International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR). 3. La importancia de la protección de datos en el arbitraje. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, el arbitraje ha sido un mecanismo de resolución de controversias bastante antiguo, es incluso anterior “al proceso y al concepto de jurisdicción como hoy se conoce”². De hecho, encontramos evidencias de su utilización en el derecho romano³, al estar regulado en el *Digesto* en el *Corpus Iuris Civilis*. También, nos da

¹ Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, Venezuela; Socio Estudiante Correspondiente -40 del Club Español del Arbitraje, Madrid, España; Asistente de investigación en Badell & Grau Despacho de Abogados, Caracas, Venezuela. wilfredomonsalveg@gmail.com.

² Véase: Eduardo Jequier Lehuedé, «Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable», *Revista Ius et Praxis*, 2 (2015): 201. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200006>. “Es así como ya en la Biblia encontramos casos de arbitraje, cuando se relata el conflicto entre Jacob y el arameo Labán, a consecuencia de los ídolos sustraídos por Raquel, esposa del primero. Más atrás incluso, y como señala Moreira Texeira, si consideramos a las primeras tribus habitando cavernas como la forma más incipiente de vida social, ya allí podremos encontrar por cierto al arbitraje como práctica de mantención o preservación de la integridad de sus miembros”.

³ Véase: Tulio Álvarez, *Procesos civiles especiales contenciosos*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008) 257 y ss.; y para un estudio más detallado sobre este particular véase también: Ana Inés Ovalle Faundez, «El arbitraje por compromiso en el derecho romano», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 17 (1996):135-142. Disponible [aquí](#); también reconoce este antiguo origen del arbitraje Miluše Hrnčířková, «The Meaning of Soft Law in International Commercial Arbitration», *International and Comparative Law Review*, 16 (2016): 97. DOI: 10.1515/iclr-2016-0007. “The roots of arbitration can be found in depths of history. The first relevant evidence of the existence of

luzes sobre su trascendencia histórica el hecho de que se encuentre presente en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio que datan del siglo XIII.

El arbitraje estuvo presente antes y después de la creación del Estado moderno y no ha desaparecido. El hecho de que hoy permanezca incólume, ratifica su trascendencia y utilidad. En unos momentos con mayor fuerza y en otros con menos, el arbitraje ha sido una constante y, desde hace unos años, la tendencia ha sido volver a él.

Ruiz Risueño refiriéndose a este medio alternativo, señala: “el arbitraje se vertebra como modo alternativo de resolver controversias, supone una fórmula superadora del monopolio judicial en manos del Estado”⁴. Esto es fundamental para comprender la corriente actual.

El arbitraje se ha vuelto atractivo ante una jurisdicción ordinaria saturada. El mecanismo tiene grandes beneficios como la atención especializada de disputas resueltas por árbitros con dilatada experiencia a lo que se suma, entre otros aspectos, la confidencialidad de los asuntos.

Madrid Martínez afirma —con gran acierto— que el arbitraje dejó de ser un simple ventilador de controversias de la jurisdicción ordinaria para convertirse en una verdadera vía para garantizar la tutela jurisdiccional⁵. Para muchos usuarios, el arbitraje es, por antonomasia, el mecanismo seleccionado para resolver sus disputas.

Ahora bien, en el siglo XXI la sociedad es cada vez más dinámica, los avances de la técnica son una constante y la adaptación es, en términos darwinistas, necesaria para la supervivencia. Este estudio parte de la premisa de que muchas —si no todas— de las actividades realizadas por el ser humano tienen riesgos, que, aunque no siempre se verifican, están latentes.

Ello ha sido así desde siempre, pero ahora, la evolución tecnológica —a la que a veces es difícil seguir el paso— tiende no sólo a facilitar nuestras vidas, sino que también trae consigo nuevos riesgos y nuevas formas de manifestación de los que ya conocíamos. De tal manera que, en el siglo XXI el derecho ha tomado una nueva dimensión y el

arbitration appears in the ancient Rome and in ancient Greece.” “Las raíces del arbitraje pueden encontrarse en lo más profundo de la historia. La primera relevancia importante sobre la existencia del arbitraje aparece en la antigua Roma y en la antigua Grecia.” (Traducción libre para este estudio)

⁴ Francisco Ruiz Risueño, «El arbitraje, una conquista de la sociedad civil», *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 3 (2016): 655.

⁵ Claudia Madrid Martínez, «Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones», *Principia*, 2 (2020): 20. Disponible [aquí](#).

arbitraje no escapa de este fenómeno. Algunos cambios que no habían llegado, o que no habíamos visto en Venezuela, constituyen ahora la normalidad del oficio.

Estas nuevas tecnologías han llegado para quedarse y tienen una importante incidencia en el derecho. Más aún, durante una pandemia que ha marcado un antes y un después en la forma de vivir, evitando que las dinámicas propias del foro se desenvuelvan como de costumbre.

Como en su momento lo señaló el Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas, Leonardo Palacios Márquez, Venezuela se inscribe en las nuevas tendencias tecnológicas en materia de medios alternativos “para hacer frente a las exigencias de la nueva normalidad y para garantizar la tutela judicial de derechos”⁶.

El compromiso con estos prodigiosos avances adquiere una mayor fuerza con las palabras que pronunció el año pasado el entonces Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Humberto Romero-Muci, cuando apuntó que “el arbitraje desarrolló en Venezuela una comunidad de expertos que se han empeñado en modernizar la institucionalidad del arbitraje a niveles que nada tiene que envidiar al de otros países”⁷. Ese nivel de modernización también exige asumir retos que antes no existían o que, al menos, no se presentaban con la frecuencia y magnitud con la que aparecen ahora.

Cremades Sanz-Pastor se ha referido, en una nota reciente, a los fenómenos que han afectado la dinámica global señalando que “uno de ellos es la «virtualización» del proceso de arbitraje al que, por miedos, como la confidencialidad, que parece más vulnerable en el mundo online, o la imposibilidad de valorar las reacciones psicológicas de los interrogados, hasta ahora no había llegado”⁸.

El dinamismo que caracteriza a la sociedad moderna ha permeado en el derecho y trae consigo nuevas herramientas y desafíos. *Big data*, *Blockchain*, *Artificial Intelligence* y

⁶ Leonardo Palacios Márquez, «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 161 (2020): 164-165. Disponible [aquí](#).

⁷ Humberto Romero-Muci, «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 161 (2020): 187. Disponible [aquí](#).

⁸ Bernardo Cremades Sanz-Pastor, 9 de julio de 2021, «Impacto de la pandemia COVID19 en el arbitraje: simplificación», *Sección de Noticias: Análisis del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR)*. Disponible [aquí](#).

Smart Contracts, son términos que resuenan constantemente por su protagonismo en las nuevas discusiones sobre el alcance de la tecnología en el derecho.

Sobre este asunto no es poco lo que debe ser analizado, la *Information and Communication Technology* (ICT) o Tecnología de la Información y la Comunicación (TICs) abrió el debate sobre aspectos que no pueden ser descuidados en lo absoluto. La forma en la que se manejará la información en un mundo cada vez más globalizado, automatizado y digital incide claramente en la actividad empresarial y legal de nuestros días. Esta tendencia aplicada al arbitraje arroja interesantes y vanguardistas perspectivas⁹, y también representan riesgos que deben ser conocidos, tratados y mitigados.

Descuidar la probabilidad de que acaezca un riesgo es, en cierta medida, contribuir a la materialización del daño que pudiera generar. La prevención y previsión, en este contexto, se han vuelto elementos indispensables en todas las formas de organización. El no prevenir, podría significar el nacimiento de responsabilidad en cabeza de una organización, cuestión que resulta muy incómoda. Por ello, han proliferado mecanismos de política empresarial y planificación legal que tienen por objeto la prevención de riesgos, así es como aterrizamos en la noción de *compliance*.

En la doctrina patria el tratamiento en materia de *compliance* no es tan abundante como en otras áreas, lo mismo puede afirmarse con relación a la ciberseguridad. Sin embargo, gracias al apogeo que experimenta la investigación, sobran ideas interesantes cuyo concierto en este trabajo podría contribuir a esclarecer algunos puntos de interés.

Bajo esta lógica, analizaremos los nuevos desafíos que enfrenta el arbitraje en este novedoso escenario y cómo el *compliance* ofrece posibilidades para enfrentarlos y mitigarlos.

1. *Compliance*: una respuesta efectiva ante los nuevos riesgos que enfrenta el arbitraje

⁹ Véase el completo y pormenorizado análisis que hacen en su estudio Gabrielle Kaufmann-Kohler y Thomas Schultz, «The Use of Information Technology in Arbitration», *Jusletter*, 5 (2005): 8. Disponible [aquí](#).

De la mano de las nuevas tecnologías han llegado también nuevos riesgos. Ante la posibilidad de que estos riesgos potenciales se materialicen, las empresas han adoptado esquemas de cumplimiento normativo a los que se les conoce como *corporate compliance*.

Este término de origen anglosajón es “utilizado para identificar al conjunto de acciones preventivas ejercidas por la empresa, que procuran garantizar que esta, sus accionistas, directivos, gerentes, empleados y agentes vinculados, cumplan con la normativa aplicable y ejecuten sus actividades con ética”¹⁰.

Si bien el *compliance* nació como una herramienta útil para satisfacer las necesidades en el ámbito comercial, en la actualidad se discute respecto a la posibilidad de extender sus beneficios al “tercer sector”.

La clasificación de las organizaciones en el “tercer sector” es un tema discutido en la doctrina¹¹. Sin embargo, no deja de llamar poderosamente la atención el hecho de que otro tipo de organizaciones, como las fundaciones, puedan encontrar grandes beneficios en el *compliance*. La *World Compliance Association* ha abordado el asunto y al respecto ha señalado:

El *compliance*, como herramienta para la prevención de riesgos en organizaciones del tercer sector, es un camino seguro para la introducción paulatina de políticas y procesos formales que incrementen sus niveles de transparencia, confiabilidad y control, dotándolas de mayor solidez y capacidad y, por tanto, mejorando la esencia del objeto asistencial que las fundamenta¹².

La naturaleza jurídica de los centros de arbitraje es la de asociaciones en sentido estricto, se trata de un “cúmulo de personas con el mismo objeto, pero éste no es

¹⁰ Diego Thomas Castagnino, «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 3 (2019): 100. Disponible [aquí](#).

¹¹ Judith Rodríguez López, «Tercer Sector: Una aproximación al debate sobre el término», *Revista de Ciencias Sociales*, 3(2005) Disponible [aquí](#). Señala la autora que “se trata de un concepto dinámico y polémico que construye y deconstruye, al ritmo de la redefinición de las identidades de los actores que lo componen, de los procesos políticos y sociales y del contexto de uso del mismo.”

¹² *World Compliance Association, Guía compliance en el tercer sector* (Madrid: *World Compliance Association*, 2020) 10. Disponible [aquí](#). La referencia aplica en cuanto a la utilidad del *compliance* en los centros de arbitraje, sin embargo, la guía entiende al tercer sector como aquel conformado por las organizaciones que además de tener una destacada labor social, trabajan en beneficio de los más desfavorecidos.

económico sino de otro orden, aunque en el curso de su existencia jurídica obviamente realicen actividades lucrativas como una forma de lograr sus objetivos”¹³.

Por ser asociaciones civiles —al igual que las cámaras de comercio¹⁴— no están excluidas de la implementación de programas de *compliance*. La tendencia ha sido más bien la opuesta. Incluso las organizaciones pertenecientes al tercer sector¹⁵ han implementado este tipo de programas.

La adopción de programas de *compliance* mejoraría considerablemente la relación entre los centros de arbitraje y sus usuarios. Implementar programas de *compliance* en cualquier tipo de organización es siempre ventajoso; no solo desde el punto de vista legal, sino también reputacional porque proyecta su compromiso con la actividad que desempeña, ciertamente:

...el desarrollo a conciencia de una política de *compliance* en una entidad civil, en especial en una entidad de gran dimensión, permite que la misma pueda llevar adelante su función de manera más honesta y respetando los valores que promulga, demostrando de manera ostensible esta forma de actuar frente a los terceros con los que interactúa, lo que mejora notablemente su reputación.¹⁶

El *compliance* surge, entre otras cosas, para ayudar a las empresas a enfrentar el gran número de obligaciones legales que deben asumir en el desarrollo de sus actividades económicas. Pero, también es la respuesta a las exigencias éticas vinculadas con la

¹³ María Candelaria Domínguez Guillen, *Derecho Civil I: Personas*, (Caracas: Ediciones Paredes, 2011) 71.

¹⁴ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, edición actualizada por María Auxiliadora Pisani Ricci (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001): 247. En los distintos ordenamientos jurídicos del mundo las cámaras de comercio gozan de naturaleza jurídica diversa: “En algunos, están formadas por particulares; en otros, son instituciones oficiales; en otros, están formadas por particulares, pero les han sido conferidas tareas oficiales.” Sin embargo, en Venezuela, “constituyen asociaciones de derecho civil y tienen como tales, personalidad jurídica”.

¹⁵ Aunque, también, se ha inclinado un sector de la doctrina a denominar este tipo de asociaciones, ya no como del tercer sector, por considerar que el término también podría hacer referencia a organizaciones humanas que persiguen fines lucrativos. Han optado más bien por la adopción del término “redes” por considerarlo más adecuado, sin embargo, en términos simples, el tratamiento es el mismo que da el ordenamiento a las asociaciones civiles. Véase Antonio Itriago Machado y Miguel Itriago Machado, *Las redes como instrumentos de transformación social*, en *Sociedad Civil*, (1999): 3. Disponible [aquí](#). “Las redes reciben diferentes nombres: peakbodys, networks, SPINs, organizaciones cumbres, cimeras, cúpulas, umbrellas, sombrillas o paraguas; federaciones, uniones o confederaciones, asociaciones de segundo, tercer, cuarto o ulteriores grados, etc. etc. Esos nombres no son privativos del Sector No Lucrativo ni del Tercer Sector, pues también se dan en el Sector Empresarial, del cual muchos de ellos provienen.”

¹⁶ Erica S. Geringer Zapico, «Implementación de políticas de compliance en entidades civiles», en *Estudio Bougain* (2019). Disponible [aquí](#).

actividad de la organización. Ello se hace más visible cuando, por ejemplo, para establecer relaciones comerciales o institucionales con otras organizaciones es un requisito contar con programas de *compliance*.

Por lo tanto, incluso en jurisdicciones donde no existen altos niveles de regulación, los programas de *compliance* son útiles y oportunos. Esta implementación se fundamenta más en estándares éticos que en exigencias legales. Una nota esencial del *compliance* es, justamente, ese “ir más lejos” de lo estrictamente jurídico.

El espíritu del *compliance* no consiste únicamente en atender potenciales riesgos para evitar incurrir en responsabilidad, sino que también —como se afirmó antes— está orientado al cumplimiento de exigencias éticas de la sociedad y demás organizaciones. En esta línea la Asociación Española de *Compliance* apunta:

Fenómenos como la globalización de la economía o la necesidad de **trascender las obligaciones legales para asumir los compromisos éticos que reclama la sociedad**, han contribuido a incrementar las necesidades de Compliance, acelerando la evolución en la curva de madurez de una función que se percibe como factor clave de buen gobierno corporativo¹⁷. (Resaltado agregado)

Considerando que los mecanismos alternativos de resolución de controversias se han vuelto la modalidad más cómoda y eficaz para muchos empresarios y litigantes al momento de dirimir sus conflictos, y tomando en cuenta el auge que ha tenido dentro de los MARCs la *Online Dispute Resolution* (ODR)¹⁸, los centros de arbitraje deberían contar con mecanismos de prevención adecuados, de lo contrario, podrían correr el riesgo de comprometer su reputación y el valor que el arbitraje ha adquirido en los últimos años. Como asociaciones civiles que son, no pueden dejar de lado que también podrían beneficiarse con la implementación de programas de este tipo.

¹⁷ Alain Casanovas Ysla, coord., *Libro blanco sobre la función de compliance*, (Madrid: Asociación Española de Compliance, 2017), 5. Disponible [aquí](#).

¹⁸ Cfr. Emmy Latifah, Anis H. Bajrektarevic y Moch Najib Imanullah, «The Shifting of Alternative Dispute Resolution: from Traditional Form to the Online Dispute Resolution», *Bawijaya Law Journal*, 1 (2019): 28. Disponible [aquí](#). “If Alternative Dispute Resolution (ADR) has been understood as a more efficient method of resolving dispute than through the court, then in line with the development of technologies, Online Dispute Resolution (ODR) considered as the most efficient mechanism in ADR.”

De tal manera que, es recomendable que los centros de arbitraje utilicen al *compliance* para enfrentar, entre otros, los riesgos asociados a la ciberseguridad y a la protección de datos.

2. La mitigación de los riesgos asociados a la ciberseguridad

Con ocasión de la pandemia, hemos experimentado un súbito avance técnico, especialmente en lo relativo a ciberseguridad¹⁹, entendida como conjunto de actividades preventivas tendientes a la disminución del riesgo que supone la vulnerabilidad de las nuevas tecnologías. En efecto, la ciberseguridad es una de las perspectivas del *compliance*, imprescindible en los arbitrajes institucionales.

Rivera afirma que los potenciales riesgos de la confidencialidad y la seguridad en los arbitrajes son una “preocupación que surge como consecuencia de las posibles fallas que se puedan presentar en la tecnología implementada y considerando los riesgos de ciberseguridad relacionados con la virtualidad”²⁰.

Pero, ¿en qué consiste concretamente la ciberseguridad? Y, ¿de qué manera revestiría una mejora para los centros de arbitraje implementarla como política a través de programas de *compliance*?

Para responder a dichas interrogantes, es importante indicar que, ante la nueva realidad que estamos viviendo, diversas organizaciones internacionales han examinado las principales necesidades en materia de medios alternativos de resolución de controversias. No solo han dedicado tiempo y recursos a la promoción de alternativas y soluciones precisas, sino que, a través de la creación de protocolos, recomendaciones y borradores, han creado un sustancioso bloque de normas de *soft law*.

¹⁹ Así lo ha reconocido el *International Council for Commercial Arbitration*, en un artículo publicado en su página web titulado «Three Reasons Why Data Protection in International Arbitration Matters»: “*In this COVID-19 era, in which an increasing number of arbitration proceedings are making the shift online, sound knowledge of data protection is more essential to the field than ever.*” “En esta era de COVID-19, en la que un número cada vez mayor de procedimientos de arbitraje se están haciendo en línea, el conocimiento sólido sobre protección de datos es más importante en el campo que nunca”. (Traducción libre para este estudio) Disponible [aquí](#).

²⁰ Irma Isabel Rivera, «La implementación de tecnología en el arbitraje», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, 1 (2020): 97. Disponible [aquí](#).

Es conveniente que sean normas de *soft law* pues, la flexibilidad de las disposiciones que contienen, hace mucho más cómoda su adaptación e implementación²¹, sobre todo, en un contexto lleno de variables complejas como el actual.

Las normas de *soft law* en arbitraje han tenido una gran incidencia práctica y siguen cobrando una relevancia cada vez más significativa²². Esto se debe, en gran medida, a la utilidad que ven las partes en ellas en temas como la estandarización de cuestiones procesales problemáticas²³.

Gabrielle Kaufmann-Kohler describe las normas de *soft law* como aquellas que no pueden ser aplicadas a través de la fuerza pública²⁴. Como afirma Sanquírigo Pittevil, las que conocemos como “normas «blandas», no estatales, no-derecho o *Soft Law* como muchos las han llamado, cada vez aparecen más en el tráfico jurídico”²⁵ y los medios alternativos de resolución de conflictos no escapan de este fenómeno. En cuanto a la naturaleza jurídica del *soft law* se afirma que:

... efectivamente, se presenta como una norma, puesto que en su estructura tiene supuestos de hecho y consecuencias, tal y como se presenta en cualquier norma, jurídica o no. Sin embargo, al carecer de vinculación por sí misma, no es

²¹ Véase: Javier Fernández Samaniego, Gonzalo Hierro Viéitez y Yaiza Araque Moreno, «Ciberseguridad y arbitraje internacional: El Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR (edición 2020)», *Themis*, 77 (2020): 553. Disponible [aquí](#). Donde los autores consideran —en relación al Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR— que el hecho de que se trate de normas de *soft law* constituye un acierto pues “es mucho más útil elaborar una norma de *soft law* que un elenco de reglas estrictas que puedan provocar más problemas y cuestiones controvertidas que soluciones.”

²² Gabrielle Kaufmann-Kohler, «Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity», *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, Issue 2 (2010): 283. “As in many other areas of the law, soft law has gained increasing significance in international arbitration in the past decades, and has more and more taken the form of a collection of ‘rules’ which could be called soft codes.” <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq009>

²³ Hrnčičíková, «The Meaning of Soft Law in International Commercial Arbitration», 107. “A veces, las partes encuentran necesario o útil mencionar algunas reglas de derecho indicativo en su acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, cuando las partes provienen de diferentes antecedentes legales y desean delimitar algunas cuestiones procesales problemáticas, como la producción de documentos.” (Traducción libre para este estudio)

²⁴ Kaufmann-Kohler, «Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity», 284. Textualmente señala: “*soft law norms are generally understood to be those that cannot be enforced through public force.*”

²⁵ Fernando Sanquírigo Pittevil, «Soft Law. Derecho y terminología», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 13 (2020): 410. Disponible [aquí](#).

una norma jurídica en estricto sentido legal, hasta tanto una autoridad le dé carácter vinculante²⁶.

La importancia de esta clase de normas es reconocida y realzada por Mourre cuando, al referirse a su forma de elaboración y obligatoriedad, afirma que:

La forma con la cual se genera y se consolida este derecho es precisamente la elaboración de guías, reglas y normas no obligatorias, las cuales sin embargo acceden a un cierto nivel de normatividad por el consenso general que logran realizar y el consecuente sentimiento de obligación moral en aplicarlas, que generan por parte de los árbitros y de las partes²⁷.

En materia de ciberseguridad existen normas de *soft law* pensadas, en principio, para arbitrajes internacionales. Sin embargo, pueden ser adaptadas a las realidades y necesidades concretas de los centros de arbitraje, facilitando la estructuración de programas de identificación y prevención de riesgos.

De tal manera que, la ciberseguridad ha sido definida por distintas normas de *soft law*, como por ejemplo, la Recomendación UIT-T X.12.05 del Sector de Normalización de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, de la siguiente manera:

El conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de la organización y los usuarios en el ciberentorno²⁸.

Existen dos perspectivas desde las cuales se ha abordado el significado y alcance del término ciberseguridad. La primera es conocida con el nombre de *Information Security*

²⁶ *Ibíd.*, 422.

²⁷ Alexis Mourre, *La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional*, (Madrid: CEU Ediciones, 2018), 28. Disponible [aquí](#). Al referirse a “este derecho” el autor se refiere a lo que denomina un “derecho arbitral transnacional” que considera “una condición esencial para que el arbitraje pueda existir como sistema de justicia autónomo y desvinculado de los órdenes jurídicos nacionales.”

²⁸ Recomendación UIT-T X.12.05, de 18 de abril de 2008, del Sector de Normalización de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones sobre Aspectos Generales de la Ciberseguridad. “La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas en el campo de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y la comunicación. El Sector de Normalización de las Telecomunicaciones de la UIT (UIT-T) es un órgano permanente de la UIT. Este órgano estudia los aspectos técnicos, de explotación y tarifarios y publica Recomendaciones sobre los mismos, con miras a la normalización de las telecomunicaciones en el plano mundial.”, p. 3. Disponible [aquí](#)

cuyo objeto es la protección directa de información ante potenciales amenazas. La otra perspectiva —de más reciente data— es la denominada *Information Assurance* que se identifica con la realización de estudios especializados y que tiene como finalidad la gestión de riesgos inherentes a la actividad concreta, teniendo en cuenta parámetros de *soft law*²⁹.

Ante un ciberataque la situación se torna delicada. Imagine el lector que una vulneración del sistema permitiera a los intrusos acceder a los expedientes confidenciales de las empresas que cursan ante determinado centro de arbitraje. Con ello estarían afectándose dos aspectos primordiales del arbitraje: la confidencialidad y la protección de datos.

Sería un hecho escandaloso que los expedientes que cursan ante un centro de arbitraje, donde podrían figurar importantes secretos comerciales y, en general, datos sensibles, salgan a la luz pública por la falta de prevención de riesgos de la institución. Esto no sería una novedad en lo absoluto. Ha ocurrido con grandes trasnacionales. Lo vemos claramente con “la filtración de las bases de datos de informes de crédito de Equifax en el año 2017, la cual conllevó a la exposición de información personal de más de 145.5 millones de personas”³⁰.

Inclusive en arbitrajes internacionales de derecho internacional público ha ocurrido. Tomemos como ejemplo el hackeo de la página web de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en el año 2015, durante la celebración de una audiencia entre China y Filipinas sobre una sensible disputa limítrofe³¹.

Ante la proliferación de amenazas contra los sistemas informáticos muchas organizaciones internacionales se han dedicado con esmero a la elaboración de normas de *soft law* que, a título de recomendaciones, permitan uniformar medidas de ciberseguridad que contribuyan a la disminución de este tipo de vulneraciones.

²⁹ Gladys Stella Rodríguez, «Ciberseguridad realidad y tendencias en Venezuela», *Cuestiones Jurídicas*, 1 (2016): 17. Disponible [aquí](#). Apunta la autora que estas dos visiones sobre la ciberseguridad no son antagónicas sino complementarias.

³⁰ Fernández Samaniego, Javier, Gonzalo Hierro Viéitez y Yaiza Araque Moreno, «Ciberseguridad y arbitraje...», 549. En la misma línea, señalan los autores que: “Ese mismo año, la base de datos de Aadhar se vio comprometida al permitir el acceso no autorizado por parte de terceros a información privada de 1.100 millones de residentes hindúes (incluyendo datos como nombres y apellidos, números de identificación de 12 dígitos o cuentas bancarias). Asimismo, otras muchas compañías, como Uber, Verizon o Facebook también se han visto afectadas por este tipo de incidentes.”

³¹ *Ídem*.

El *International Council for Commercial Arbitration*, la *New York City Bar Association* y el *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* han diseñado el Protocolo sobre Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional que, aunque está especialmente enfocado en el arbitraje internacional, es posible implementar en los arbitrajes domésticos³².

Es cierto que los arbitrajes internacionales tienen un mayor riesgo de sufrir ciberataques, pero los que son celebrados a nivel doméstico no están exentos de sufrirlos también. Por ello, es importante conocer el contenido de estas normas de *soft law*.

2.1 El Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del International Council for Commercial Arbitration (ICCA), la New York City Bar Association (NYC Bar) y el International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)

Una de las claves para el reconocimiento de los nuevos riesgos en el arbitraje es conocer las cuestiones que aborda el protocolo y, a tales fines, es necesario dar un recorrido preliminar por sus postulados y principios básicos. Algunas aproximaciones a su contenido son las siguientes:

a) En cuanto a sus fines: En primer lugar, ofrecer un marco que permita determinar medidas razonables de seguridad de la información en el arbitraje y, luego, incrementar el nivel de conciencia en relación al tema de seguridad en los arbitrajes internacionales³³.

³² Así lo señala el mismo protocolo al referirse a su alcance: “*Although the Protocol has been drafted with international commercial arbitrations in mind, it may also be a useful reference for domestic arbitration matters and/or investor-state arbitrations.*” Aunque el Protocolo ha sido redactado con arbitrajes internacionales en mente, también puede ser una referencia útil para asuntos de arbitraje doméstico y/o arbitrajes de inversión. (Traducción libre para este estudio)

³³ Según el protocolo, el cometido de concientización sobre el tema abarca varios puntos. “... (i) *information security risks in the arbitral process, which include both cybersecurity and physical security risks*; (ii) *the importance of information security to maintaining user confidence in the overall arbitral regime*; (iii) *the essential role played by individuals involved in the arbitration in effective risk mitigation*; and (iv) *some of the readily accessible information security measures available to improve everyday security practices.*” “(i) riesgos de seguridad de la información en el proceso arbitral, que incluyen tanto riesgos de seguridad cibernética y física; (ii) la importancia de seguridad de la información para mantener la confianza del usuario en el régimen general del arbitraje; (iii) el papel fundamental que desempeñan las

b) En cuanto a su alcance: Además de la ciberseguridad, abarca la protección de datos. Esto tiene mucho sentido pues los problemas de seguridad de la información y ciberseguridad guardan una estrecha relación con la protección de datos confidenciales de los usuarios. Sobre este punto volveremos más adelante.

c) Necesidad de adaptación: El protocolo señala que las medidas que planeen implementarse en los arbitrajes requieren el análisis concreto de las necesidades específicas de las partes y la información a ser suministrada.

También es necesario determinar el objeto de discusión que servirá de base para la adecuada adaptación de las medidas implementadas. El objeto será determinado en exámenes conjuntos, en los que participan los árbitros, las partes y el centro de arbitraje.

d) Análisis de impacto: El protocolo recomienda cuantificar el impacto de los mecanismos implementados, esto se hace a través de una lista de riesgos y factores que fungen como criterios en la adopción de medidas de ciberseguridad.

e) Estudio concreto: Tanto la adaptación como el análisis de impacto requieren de un meticuloso análisis previo que evalúe las diferentes dimensiones del arbitraje concreto del que se trate. Deben analizarse variables como la clase de información que se sustanciará en el procedimiento arbitral y/o los mecanismos de almacenamiento que se utilizarán.

En ese estudio específico, debe tomarse en consideración la identidad de las partes³⁴ como un factor determinante en la adopción de medidas de ciberseguridad. Este factor podría afectar el arbitraje, por ejemplo, cuando uno de los sujetos ya ha sido objeto de ciberataques o cuando maneja información confidencial de alto valor (como firmas de abogados, hospitales o centros de arbitraje). También cuando una de las partes es o está vinculada a una celebridad, figura pública, ejecutivo o funcionario de alto rango, o cuando está vinculada con gobiernos o información/figuras gubernamentales³⁵.

personas involucradas en el arbitraje en cuanto a la mitigación efectiva de riesgos; y (iv) algunas de las medidas de seguridad de la información de fácil acceso disponibles para mejorar día a día prácticas de seguridad.” (Traducción libre para este artículo)

³⁴ Desarrollada en el *Schedule B.II*

³⁵ Texto original del protocolo: “(a) *whether the matter involves a party or other participant with a history of being targeted for cyber-attacks*; (b) *whether the matter involves parties or others that handle large amounts of high value confidential commercial information and/or personal data (e.g., a law firm, bank, or health care provider)*; (c) *whether the matter involves a public figure, high ranking official or executive, or a*

Este es un tema sustancial del protocolo, porque identifica con precisión la diversidad de circunstancias especiales de cada arbitraje en reconocimiento de una premisa fundamental: no todos los arbitrajes presentan riesgos similares y, en consecuencia, unos son más sensibles que otros.

f) Costos y recursos: Cada arbitraje, en atención a sus particulares características, deberá analizar las medidas que efectivamente puede tomar. Por ejemplo, en los arbitrajes entre grandes corporaciones, suele invertirse más en seguridad debido a la capacidad económica de las partes, pero también porque implican mayores riesgos.

Bajo esa lógica, el protocolo señala una lista de algunas medidas que podrían adoptarse en atención a las particulares características del arbitraje. De igual manera, el instrumento hace la salvedad de que, las medidas no deben ser implementadas obligatoriamente en su integridad, sino que pueden ser ajustadas y aplicarse parcialmente (maleabilidad característica de disposiciones de *soft law*).

g) Momento en el que las medidas deben ser adoptadas: Este tema es abordado al comienzo del protocolo donde se anticipa el contenido del *Principle 10*. Este principio establece que las medidas de ciberseguridad deberían adoptarse en el arbitraje tan pronto como sea posible, lo que normalmente no ocurre luego de la primera conferencia para el manejo del caso³⁶.

La decisión de autorizar —o no— la propuesta de seguridad de las partes es del tribunal arbitral, considerando los elementos en los que las partes han llegado a consenso, pero también sus manifestaciones voluntad individuales con relación a las medidas que —a su juicio— consideren que deben ser adoptadas.

Por otro lado, es importante resaltar que el protocolo contiene siete grandes bloques sobre ciberseguridad que reseñaremos brevemente para desarrollar una visión más completa sobre el asunto. En este sentido, se ilustrarán algunas de las medidas más importantes que conforman dichos bloques:

1. Manejo de activos (*asset management*): Limitar el acceso a la información confidencial o sensible bajo el criterio de la necesidad de conocer esa información

celebrity; and (d) whether the matter touches upon any government, government information, or government figure.”

³⁶ “*Information security should be raised as early as practicable in the arbitration, which ordinarily will not be later than the first case management conference.*”

(*need to know*). Lo que significa que la información será del conocimiento de personas que verdaderamente deban conocerla, en el momento en que realmente lo necesiten.

También se consideran algunas medidas de protección relativas a información sensible en la controversia, como el *masking* (reemplazar datos sensibles por otros genéricos). El etiquetado de información sensible o confidencial, es otro aspecto clave del *asset management*³⁷.

Además, se recomienda adoptar otras medidas como la utilización de plataformas seguras para el almacenamiento de información (*clouds*); evitar utilizar redes públicas; tener respaldos de la información mientras dure el pleito; definir el tiempo que la información será retenida luego de la finalización del arbitraje y el establecimiento de procesos de certificación de devolución o eliminación de información³⁸.

2. Controles de acceso: Referidos a contraseñas de acceso a documentos o sitios compartidos y el vencimiento de acceso a estos; también las restricciones de acceso a la información a personas que ya no tienen necesidad de conocerla y temas como la limitación en cuanto a número descargas e impresiones de ciertos documentos.

3. Encriptación: Implementar procesos de cifrado mediante los cuales se limite el acceso de la información de manera que solo sea visible para personas que disponen de la llave que permite descifrarla³⁹.

4. Seguridad de comunicaciones: Antes técnicas como el *phishing*, que permiten manipular a las personas induciéndolas a engaños con el fin de obtener información confidencial, se establecen recomendaciones como ser cuidadoso con los links y archivos adjuntos; el uso de plataformas para compartir información, que deben ser distintas al correo electrónico común. Incluso llega a proponerse la utilización, cuando sea necesario, de servicios de VPN reconocidos y confiables.

5. Seguridad física y ambiental: No todo lo que debe ser protegido es *software*, también los dispositivos de *hardware* deben ser incluidos en los programas de *compliance*. En

³⁷ El protocolo incluye algunos ejemplos de etiquetas como: “*confidential*,” “*highly sensitive*,” “*attorneys’ eyes only*”.

³⁸ Sobre ello recordar el artículo 59 de reglamento vigente del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje que establece que la obligación de salvaguardar y custodiar la información cesará diez años después de la notificación del laudo que finalizó el arbitraje.

³⁹ Sobre este punto hace una serie de recomendaciones sobre cifrado como: “*Encrypt data in transit, Consider file-level encryption, Enable full-disk encryption, Consider encrypting data in the cloud*” disponible en el contenido del protocolo y que recomendamos revisar directamente en él por exceder el objeto de este estudio.

este sentido el protocolo recomienda considerar los riesgos de dispositivos portátiles de almacenamiento que son fáciles de extraviar, y conocer siempre su proveniencia pues podrían arriesgar la información si contienen *malware*; usar pantallas en los dispositivos que impidan el *visual hacking*; aumentar la seguridad de los documentos físicos y establecer mecanismos de bloqueo en los dispositivos después de lapsos de inactividad.

6. Seguridad de operaciones: Se recomienda implementar *software* de protección confiable; evitar los productos como antivirus o servicios de almacenamiento en la nube gratuitos, que podrían aumentar el riesgo de sufrir un ciberataque; mantener dispositivos actualizados; los árbitros, las partes y el personal de los centros de arbitraje deben monitorear las vulnerabilidades de los sistemas y robustecer la seguridad al hallarlas.

7. Respuesta ante incidentes de seguridad de la información: El *compliance* no erradica riesgos, sino que los disminuye considerablemente. Algo similar ocurre con las medidas de ciberseguridad y protección de datos que no eliminan todas las amenazas y son susceptibles de ser violadas a pesar de su implementación.

Por ello, deben existir mecanismos de respuesta y comunicación a las partes de las violaciones que pudieran tener lugar durante el arbitraje. Las instituciones arbitrales deben estar preparadas para enfrentar este tipo de situaciones.

Todas estas medidas se encuentran desarrolladas con una amplitud mayor en el protocolo, solo se han mencionado resumidamente las líneas gruesas de las que consideramos más relevantes, este trabajo no reemplaza en forma alguna la revisión directa del protocolo, al contrario, es un exhorto a su estudio.

La importancia del protocolo es innegable pues “como *soft law*, es un código de comportamiento y de recomendaciones que se adaptan a la institución arbitral de forma que se deja margen de ajuste a los implicados en el arbitraje para graduar las obligaciones que se asumen”⁴⁰.

Téngase en cuenta que el Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR no es el único que puede brindar una ruta en este sentido,

⁴⁰ Vicente Moret, Iñigo Rodríguez-Sastre y Elena Sevilla, «La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje», *La Ley Mediación y Arbitraje*, 7 (2021): 226. Disponible [aquí](#).

también está disponible en la web el *ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration*⁴¹ y los interesantes documentos sobre *compliance* publicados por la Asociación Española de Compliance sobre Protección de Datos y Nuevas Tecnologías⁴² que no serán tratados por exceder el objeto de esta investigación.

3. La importancia de la protección de datos en el arbitraje

Al margen de la discusión doctrinal que existe en torno a si la confidencialidad es o no un principio característico del arbitraje⁴³, sin duda que es uno de los mayores atractivos de este medio alternativo.

Rabinovich-Einy y Katsh afirman que “la confidencialidad ha sido una característica fundamental en los procesos de mediación y arbitraje en las últimas décadas y una fuente principal de atracción para los litigantes”⁴⁴.

Además, Caivano apunta que el arbitraje posee varias virtudes “en orden a celeridad, confidencialidad y economía de costos”⁴⁵. Afirmación de la que podemos concluir que, sin duda, la confidencialidad es uno de los alicientes del arbitraje.

También en la doctrina patria Lupini Bianchi ha apuntado que “una de las características que hacen del arbitraje un método interesante de resolución de conflictos, por contraposición a la vía judicial, es la confidencialidad con la cual las partes pueden ventilar sus controversias”⁴⁶.

⁴¹ Disponible [aquí](#).

⁴² Disponible [aquí](#).

⁴³ Sobre este tema tan interesante véase en general María Alejandra Ruíz Gómez, «El principio de confidencialidad en el marco del arbitraje comercial internacional», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2 (2019). En este trabajo se analiza con detalle esta discusión que trasciende la doctrina y se ve reflejada en leyes e incluso decisiones arbitrales. También la sutil, pero útil e interesante, distinción entre los conceptos de confidencialidad y privacidad, a saber, “*No obstante, actualmente la mayor parte de la doctrina señala que ambos términos se encuentran claramente diferenciados y que por lo tanto se deben estudiar independientemente ya que los fines que persiguen son distintos.*” 168.

⁴⁴ Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, «Digital Justice Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment», *International Journal of Online Dispute Resolution*, 1 (2014): 20. DOI: 10.5553/IJODR/2014001001002. “*Confidentiality has been a core feature of mediation and arbitration processes in the last few decades and a principal source of attraction for disputants*”.

⁴⁵ Roque J. Caivano, *El arbitraje su eficacia como medio alternativo de resolución de conflictos* (Buenos Aires: Ad Hoc, 1993), 87.

⁴⁶ Luciano Lupini Bianchi, «Naturaleza, efectos, requisitos y modalidades del laudo arbitral», en *El Arbitraje en Venezuela estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. Por Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M. (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; Club Español del Arbitraje Capítulo Venezuela, 2013), 385.

La confidencialidad en los arbitrajes está regulada en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje Comercial según el cual “Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral”.

En ese sentido interesa recordar también las normas de los artículos 38.6⁴⁷ y 42.3⁴⁸ del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (2020), al igual que las del artículo 9⁴⁹ y 23⁵⁰ del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2013). Con esas disposiciones es posible afirmar que “el ordenamiento jurídico venezolano se encuentra inscrito dentro de la teoría clásica que considera la confidencialidad como principio inherente a la institución arbitral”⁵¹.

El principio de confidencialidad adquiere un mayor protagonismo en la situación actual, donde las tecnologías ocupan una función primordial. El rol actual de la tecnología supone, indudablemente, el nacimiento de nuevas vulnerabilidades que requieren agudizar los exámenes de riesgo para ser atendidas.

Estos puntos blandos deben ser reforzados y, en esa labor, los instrumentos de *soft law* son vitales. Cuando la confidencialidad se ve amenazada, los mecanismos tradicionales que la garantizan deben asumir nuevos derroteros. La ciberseguridad es una preocupación de primer orden.

Sin programas de *compliance* en materia de ciberseguridad y protección de datos, el arbitraje podría perder, en el largo plazo, la solidez que le caracteriza. Es por ello que, de cara al objetivo de promoción de medios alternativos, deben robustecerse los cimientos del arbitraje considerando estos nuevos riesgos.

⁴⁷ “El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.”

⁴⁸ “Salvo acuerdo en contrario, toda actuación realizada por las partes o prueba aportada al proceso tendrá carácter confidencial”

⁴⁹ “Salvo acuerdo en contrario, los Árbitros, los Mediadores y el personal del CACC tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de la información contenida en los expedientes correspondientes a los procedimientos de arbitraje o de mediación administrados por el CACC”

⁵⁰ “En el desempeño de sus funciones, los árbitros están obligados a respetar los principios y normas del CACC y de la Ley de Arbitraje; acatar las tarifas y deducciones de honorarios establecidas por el Comité Ejecutivo conforme a este Reglamento, cumplir con las actuaciones procesales dentro de los lapsos establecidos; proceder en todo momento con la debida diligencia y garantizar a las partes **confidencialidad**, ecuanimidad e imparcialidad.” (Resaltado nuestro)

⁵¹ Ruiz Gómez., «El principio de confidencialidad en el marco del arbitraje comercial internacional», 161.

La protección de datos es un aspecto subsecuente de la ciberseguridad. Ciertamente, cuando existen medidas que edifican los estándares mínimos aceptables en el manejo de la información en los arbitrajes, el mecanismo se reviste de mayores garantías.

Las *Information and Communication Technologies*, la protección de datos y los programas de *compliance* en ciberseguridad están indisolublemente unidos. El mismo protocolo reconoce la utilidad de su adopción en el cumplimiento de las crecientes regulaciones en materia de protección de datos como las que se han visto en Europa desde la entrada en vigencia del Reglamento General de Protección de Datos elaborado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea⁵².

CONSIDERACIONES FINALES

El *compliance* no solo tiene beneficios internos para la organización, también los tiene externos por cuanto la dota de una cultura de responsabilidad cuestión que afecta positivamente su reputación e, incluso, abre puertas a nuevas relaciones institucionales. Es casi incomprensible que, al día de hoy, una organización deje la gestión de riesgos relegada al sentido común. Al contrario, el criterio predominante sostiene que debe ahondarse en la prevención adoptando medidas ajustadas a los riesgos específicos de los centros de arbitraje para brindar una experiencia más segura a los usuarios.

La identificación de potenciales riesgos lleva al autoconocimiento, permitiendo detectar debilidades que antes del diagnóstico pasaban desapercibidas y que, a la luz del *compliance*, pueden convertirse en fortalezas y oportunidades de crecimiento.

Debe determinarse el apetito de riesgo de los centros de arbitraje, en atención a las particularidades de la controversia y a las necesidades concretas de las partes, para determinar las probabilidades de que las amenazas se materialicen y el impacto que tendrían de hacerlo. A esto último es lo que se denomina *risk mapping* o evaluación de riesgos.

Así, la implementación de algunas de las medidas, que hemos ilustrado y que se encuentran en diferentes normas de *soft law*, como políticas de la organización se traducirían en una disminución considerable de riesgos.

⁵² Disponible para su consulta [aquí](#).

No debe perderse de vista que la implementación de un programa de *compliance* no es una solución definitiva ni automática, sino que debe respetarse y cumplirse⁵³. De no ser así es posible que la gestión de riesgos termine convirtiéndose en lo que se ha denominado *paper compliance* o programas de cumplimiento de papel⁵⁴.

Para el alcance del objetivo antes descrito resultan muy provechosas las capacitaciones, tanto al personal de las organizaciones como a los usuarios dispuestos a tomarlas⁵⁵. Esta práctica se traduce en una mayor efectividad del programa de *compliance*.

El objetivo fundamental en la realización de este estudio es abrir el debate sobre un tema crucial en la actualidad. No importa cuánto avancen las nuevas tecnologías, el arbitraje ha demostrado ser atemporal y, para asegurar su proyección en el tiempo, es necesario prevenir y atender los nuevos frentes de la tecnología. En este sentido, el *compliance* es elemental para la sostenibilidad de la institución.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, Tulio, *Procesos civiles especiales contenciosos*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

Caivano, Roque J., *El arbitraje su eficacia como medio alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

Castagnino, Diego Tomás, «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 3 (2019): 97-130. Disponible

⁵³ En cuanto al cumplimiento del programa de *compliance* se recomiendan ciertos mecanismos como la implementación de canales de alertas que permitan denunciar el incumplimiento o los procesos de auditoría cuya explicación rebasa el objeto de este trabajo. Sobre los canales de alerta (*whistleblowing management systems*) véase la norma 32007 de la *International Standardization Organization* que actualmente se encuentra en desarrollo y cuya finalización está prevista para este año 2021, *preview* disponible [aquí](#); Véase también lo relativo al *Compliance Management System* en la norma 37601 de la misma organización que se encuentra publicada y cuyo *preview* se encuentra disponible [aquí](#).

⁵⁴ Como se le ha denominado en el foro a los programas de *compliance* que, a pesar de estar formalmente en las organizaciones, no surten efecto alguno por no tener un funcionamiento real, son meramente cosméticos. En otra acepción, también se conoce como *paper compliance* a la práctica de copiar programas de cumplimiento de otras organizaciones de industrias similares con el fin de abaratar costos.

⁵⁵ En este sentido, el dominio de la tecnología es clave y, por ello, surge la necesidad de que los principales actores internos de los centros estén preparados —en sentido técnico— para dar soluciones y respuestas ante la explotación de vulnerabilidades que pudieran tener objeto. Los costos son un factor clave en este cometido, por lo que, dependerá en muchas ocasiones de la disposición de las partes y, también, de la cuantía de los arbitrajes.

en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/3/RVDM_2019_3_97-130.pdf.

Domínguez Guillen, María Candelaria, *Derecho Civil I: Personas*, Caracas: Ediciones Paredes, 2011.

Fernández Samaniego, Javier, Hierro Viéitez, Gonzalo y Araque Moreno, Yaiza, «Ciberseguridad y arbitraje internacional: El Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR (edición 2020)», *Themis*, 77 (2020): 547-557. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7882648.pdf>.

Geringer Zapico, Erica S., «Implementación de políticas de compliance en entidades civiles», en *Estudio Bougain* (2019). Disponible en <https://bougain.com.ar/implementacion-de-politicas-de-compliance-en-entidades-civiles/>.

Goldschmidt, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, edición actualizada por María Auxiliadora Pisani Ricci, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001.

Hrnčíříková, Miluše, «The Meaning of Soft Law in International Commercial Arbitration», *International and Comparative Law Review*, 16 (2016): 97-109. DOI: 10.1515/iclr-2016-0007.

Itriago Machado, Antonio e Itriago Machado, Miguel, *Las redes como instrumentos de transformación social*, en *Sociedad Civil*, Caracas: 1999. Disponible en <http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/itriago.pdf>.

Jequier Lehuedé, Eduardo, «Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable», *Revista Ius et Praxis*, 2 (2015): 199-224. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200006>.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle «Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity», *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, Issue 2 (2010): 283-299. DOI: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq009>

Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Schultz, Thomas, «The Use of Information Technology in Arbitration», *Jusletter*, 5 (2005). Disponible en <https://lk-k.com/wp-content/uploads/The-Use-of-Information-Technology-in-Arbitration.pdf>.

Latifah, Emmy, Bajrektarevic, Anis H. e Imanullah, Moch Najib, «The Shifting of Alternative Dispute Resolution: from Traditional Form to the Online Dispute Resolution»,

Bawijaya Law Journal, 1 (2019): 27-37. DOI: <http://dx.doi.org/10.21776/ub.blj.2019.006.01.02>.

Lupini Bianchi, Luciano, «Naturaleza, efectos, requisitos y modalidades del laudo arbitral», en *El Arbitraje en Venezuela estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. Por Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., 359-387. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; Club Español del Arbitraje Capítulo Venezuela, 2013.

Madrid Martínez, Claudia «Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones», *Principia*, 2 (2020): 18-20. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_18-20.pdf.

Moret, Vicente, Rodríguez-Sastre, Iñigo y Sevilla, Elena «La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje», *La Ley Mediación y Arbitraje*, 7 (2021): 223-233. Disponible en <https://www.caseslacambra.com/espana/wp-content/uploads/2021/07/La-Ley-arbitraje-y-mediacion-no-7-abril-junio-2021.pdf>.

Mourre, Alexis. *La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional*, Madrid: CEU Ediciones, 2018. Disponible en <https://www.idee.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>.

Ovalle Faundez, Ana Inés, «El arbitraje por compromiso en el derecho romano», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 17 (1996):135-142. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/333/309>.

Palacios Márquez, Leonardo, «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 161 (2020): 191-196. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-jul-dic-2020.pdf>.

Rabinovich-Einy, Orna y Katsh, Ethan, «Digital Justice Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment», *International Journal of Online Dispute Resolution*, 1 (2014): 5-36. DOI: 10.5553/IJODR/2014001001002

Rivera, Irma Isabel, «La implementación de tecnología en el arbitraje», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, 1 (2020): 89-99. Disponible en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A4-pp-89-99.pdf>.

Rodríguez, Gladys Stella «Ciberseguridad realidad y tendencias en Venezuela», *Cuestiones Jurídicas*, 1 (2016): 13-39. Disponible en <http://200.35.84.135/ojs/index.php/cj/article/view/70/45>.

Rodríguez López, Judith, «Tercer Sector: Una aproximación al debate sobre el término», *Revista de Ciencias Sociales*, 3(2005). Disponible en http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182005000300005.

Romero-Muci, Humberto, «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 161 (2020): 185-189. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-jul-dic-2020.pdf>.

Ruíz Gómez, María Alejandra, «El principio de confidencialidad en el marco del arbitraje comercial internacional», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2 (2019): 164-182. Disponible en www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/2/RVDM_2019_2_09.pdf.

Ruiz Risueño, Francisco, «El arbitraje, una conquista de la sociedad civil», *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 3 (2016): 653-659.

Sanquírigo Pittevil, Fernando, «Soft Law. Derecho y terminología», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 13 (2020): 409- 425. Disponible en <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-409-425.pdf>.

World Compliance Asocciation, *Guía compliance en el tercer sector*, Madrid: World Compliance Asocciation, 2020. Disponible en https://bibliotecacompliance.com/wp-content/uploads/2020/10/Tercer-Sector_V6.pdf.

Ysla, Alain Casanovas, coord. *Libro blanco sobre la función de compliance*, Madrid: Asociación Española de Compliance, 2017. Disponible en <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>.



P R E M I O

Rodger Farrell

S E G U N D A E D I C I Ó N

Concurso de **Investigación sobre
Medios Alternativos de Resolución
de Conflictos**

Save the date

Para más información, favor comunicarse por los correos:
info@cedca.org.ve • comites@venamcham.org