



Arbitraje y contratos con el estado según la sala constitucional del tribunal supremo de justicia

Arbitration and state contracts from the view of the constitutional chamber of the supreme tribunal of justice

José Gregorio Torrealba R.*

El 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia muy importante para la vida del arbitraje en Venezuela y particularmente destacable en lo referente al reconocimiento de la posibilidad de que el Estado someta sus disputas al arbitraje. Se trató de un recurso de interpretación ejercido por representantes de la República sobre el artículo 258 de la Constitución, aunque en realidad se buscaba una interpretación sobre normas que contienen ofertas de arbitraje de las que se pueden aprovechar los particulares para perfeccionar acuerdos de arbitraje con el Estado venezolano, la contenida en el artículo 22 de la

Ley para la Promoción y Protección de Inversiones (LPPI) y las normas sobre solución de controversias contenidas en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (TBI), de las que sólo una (el artículo 22 de la LPPI) salió golpeada, mientras que las demás (TBIs) salieron fortalecidas.

pero la Sala Constitucional tomó la oportunidad para pronunciarse sobre otros aspectos importantes del arbitraje, ratificando los poderes de los árbitros para decidir sobre el otorgamiento de medidas cautelares y sobre su propia competencia, entre otros. En materia de arbitraje

con el Estado, la Sala Constitucional aprovechó para ratificar algunos de sus criterios que no eran compartidos por la Sala Político-Administrativa del mismo Tribunal Supremo de Justicia y que comentaremos brevemente en este artículo.

Para acudir al arbitraje es necesario que las partes hayan manifestado su consentimiento de forma expresa e inequívoca. En caso de disputas relacionadas con contratos suscritos con el Estado, encontramos dos vías de someterlas a arbitraje: (i) si el contratista es un inversionista extranjero protegido por un TBI que contiene una oferta de arbitraje, y (ii) en cualquier caso, por un acuerdo de arbitraje válidamente suscrito, incluido o no en el contrato.

En el primer supuesto, el inversionista extranjero que haya contratado con el Estado podría someter a arbitraje una eventual disputa relacionada con el contrato si así lo establece la disposición pertinente del TBI sobre solución de controversias con los inversionistas. En estos casos, el inversionista tiene generalmente dos argumentos: (i) La posibilidad de invocar la denominada “Cláusula Paraguas”, si se encuentra en el TBI correspondiente, and (ii) la violación de estándares internacionales de trato a los inversionistas e inversiones extranjeras.

Las “Cláusulas Paraguas”, cuando se incluyen en los TBIs, comprometen a los Estados parte del tratado a cumplir con los compromisos asumidos con respecto a las inversiones provenientes del otro Estado parte del TBI. Estas disposiciones de los TBIs han sido interpretadas en dos sentidos por distintos tribunales arbitrales. La primera de estas interpretaciones indica que cuando el Estado incumple sus compromisos contractuales, se estaría violando el TBI por incumplimiento de la “Cláusula Paraguas”, por lo que el inversionista tendrá derecho a acudir a las vías de solución de controversias previstas en el TBI, generalmente el arbitraje internacional. La segunda interpretación señala que los incumplimientos contractuales no generan la violación de la “Cláusula Paraguas” y por lo tanto, toda controversia debe ser resuelta por las vías previstas en el propio contrato. De ambas interpretaciones, la primera es dominante en los tribunales arbitrales internacionales, pero debe destacarse que los precedentes arbitrales no son vinculantes, por lo que los árbitros pueden adoptar el criterio que consideren más adaptado al caso concreto.

Otro de los argumentos disponibles para el inversionista extranjero en caso de violaciones a un contrato por parte del Estado es aquél que se fundamenta en la violación de los estándares internacionales de protección de inversiones extranjeras y entre ellos, especialmente, el estándar de trato justo y equitativo. La violación de un contrato, según la doctrina más reputada, puede constituir violación al estándar de trato justo y equitativo cuando se trata de un incumplimiento voluntario por parte del Estado; también

On 17 October 2008, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice rendered a relevant decision for the development of arbitration in Venezuela. The mentioned decision is particularly relevant for the recognition of the possibility for the State to submit its disputes to arbitration. The decision was rendered on the case of an interpretation application filed by the Republic on article 258 of the Constitution. However, the interpretation application was really intended to seek a judicial criterion on those rules containing offers of arbitration, such as article 22 of the 1999 Promotion and Protection of Investment Act (PPIA), and the dispute resolution articles of the Bilateral Investment Treaties (BITs). Article 22 was the only of the mentioned rules which was hurt by the decision rendered by the Constitutional Chamber, while the validity of the dispute resolution articles of the BITs was ratified.

Notwithstanding the above, the Constitutional Chamber took the opportunity to clarify other important aspects of arbitration, such as the powers of arbitrators to order interim measures of protection, and the principle of kompetenz/kompetenz, which implies that they are empowered to decide on their own jurisdiction over the dispute, among others. Regarding arbitration with the State, the Constitutional Chamber ratified some criteria which were not shared by the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, which we comment on this paper.

In order to submit a dispute to arbitration it is required for the parties to consent explicitly and unequivocally. In the case of disputes related to State contracts, there are two ways to submit disputes to arbitration: (i) through the dispute resolution clause in a BIT in the case of foreign investors, and (ii) by an arbitration agreement executed by the parties, whether included in a contract or not.

In the case of the foreign investor who has a contract with the State, a dispute arising out of the contract could be submitted to arbitration according to the dispute resolution clause of the BIT. In these cases, the foreign investor has two arguments: (i) the breach of the “Umbrella Clause” if provided for in the BIT, and (ii) the breach of the treatment standards provided for in the BIT.

The “Umbrella Clause”, when included in a BIT, establishes an obligation for the States parties to the treaty to observe any obligation assumed with regard to the investments of the other State party to the BIT. The “Umbrella Clause” has been construed in two ways by international arbitral tribunals. There is a view from which the breach of contractual obligations by the State leads to a breach of the “Umbrella Clause” and, as a consequence, of the BIT. This interpretation allows the foreign investor to submit the dispute to arbitration in the terms of the corresponding BIT. The other view points out that the breach of a contract does not lead to the breach of the “Umbrella Clause”. As a result, the foreign investor must submit the dispute to the dispute resolution mechanism provided by the contract. The first of the commented views has prevailed among international arbitral tribunals. However, the precedents are not binding for other arbitral tribunals facing the interpretation of an “Umbrella Clause”.

Other claim that could be used by the foreign investor in a dispute arising out of a State contract is that of the breach of the international standards of treatment, and particularly the standard of Fair and Equitable Treatment (F&ET). According to the most prestigious legal writers, the breach of a State contract may lead to a breach of the F&ET when there is a wilful breach by the State, when there has been an abuse of power by the State, and in those cases where the State acted in bad faith. When there is a breach of an international standard of treatment applicable to the investment and the investor, the dispute should be feasible to be submitted to arbitration if the terms of the corresponding BIT.

en casos de abuso de autoridad y por último en casos en los que el Estado actuó de mala fe. Al existir la violación de cualquier estándar de trato previsto en un TBI aplicable al inversionista, aun cuando exista una previsión distinta en el contrato, el inversionista tiene la opción de acudir al arbitraje internacional si así lo prevé el tratado correspondiente.

Si no hay un TBI que sea aplicable a la controversia, esta puede ser sometida a arbitraje si existe un acuerdo de arbitraje válido con el Estado. En otras circunstancias esto no sería un comentario relevante, sin embargo, la Sala Político-Administrativa en el caso *Electronica Industriale Spa* había inclusive negado la posibilidad de que las controversias relacionadas con contratos administrativos pudieran ser sometidas a procedimientos arbitrales. En su sentencia del 17 de octubre de 2008 la Sala Constitucional ratificó la posibilidad de que el Estado pueda manifestar válidamente su voluntad para someterse a arbitraje.

Un acuerdo válido de arbitraje puede encontrarse en una cláusula contractual (cláusula compromisoria) o en un acuerdo independiente (compromiso), pero en el caso de contratos con el Estado deben cumplirse formalidades adicionales previstas en la legislación.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), aplicable a las empresas del Estado de primer y segundo grado, establece la obligación de que el acuerdo de arbitraje sea aprobado por el órgano estatutario competente (generalmente la Junta Directiva) y por el Ministro de tutela. La falta de cumplimiento de esta formalidad acarrea la invalidez del acuerdo de arbitraje, tal y como ha sido declarado en varias oportunidades por la Sala Político-Administrativa.

De acuerdo con el artículo 50 de la LAC, esta formalidad no es exigible a los acuerdos de arbitraje suscritos con anterioridad a la vigencia de la LAC, sin embargo, la Sala Político-Administrativa ha señalado que en esos casos, aplica el control de tutela y accionarial de la República, por lo que su representante ante la empresa del Estado debía aprobar el acuerdo de arbitraje, aun cuando esto no era una formalidad establecida en la legislación venezolana al momento de suscribir el acuerdo de arbitraje.

Por su parte, el artículo 5 de la recientemente reformada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República obliga a los funcionarios públicos que pretendan comprometer en árbitros al organismo que representan a someter dicho acuerdo de arbitraje a la opinión de la Procuraduría, que deberá además ser favorable y expresa. En caso de no cumplir esta formalidad, el acuerdo de arbitraje se mantendrá válido pero el funcionario será responsable personalmente por los daños que puedan ocasionarse en virtud del acuerdo.

Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional del 17 de octubre de 2008 ratificó un muy importante criterio sobre la posibilidad de incluir acuerdos de arbitraje en contratos de interés público, expresado en su oportunidad por la entonces Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que interpretó la norma que actualmente se encuentra en el artículo 151 de la Constitución, en el sentido de permitir el sometimiento al arbitraje internacional cuando lo permita la naturaleza del contrato.

En cuanto a la ejecución de laudos arbitrales en contra de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional señaló nuevamente que todo dependerá de que el laudo no infrinja disposiciones de orden público interno, lo que resulta correcto en los casos de laudos arbitrales dictados en el marco de la Convención de Nueva Cork. No sucede lo mismo con los laudos dictados por tribunales

If there is no BIT applicable to the dispute, it could be submitted to arbitration if there is a valid arbitration agreement with the State. In other circumstances, the previous sentence would not have been relevant. However, the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in the decision rendered in the case of *Electronica Industriale Spa*, had even refused the possibility to submit to arbitration the disputes arising out of State contracts. The decision of the Constitutional Chamber, rendered on 17 October 2008, clarified that the State is empowered to express its consent to submit disputes to arbitration.

A valid arbitration agreement may be included in a contract as an arbitration clause, or as an independent agreement, known as "submission agreement". In the case of disputes with the State, there are other formalities that need to be fulfilled.

Article 4 of the 1998 Commercial Arbitration Act (CAA), applicable to State owned companies, and also to companies owned by State owned companies, there is an obligation for the arbitration agreement to be approved by the responsible corporate organism, and authorized by the Ministry to which the company is attached to. An arbitration agreement would not be valid without the Ministry's authorization, as it has been declared in several decisions of the Political-Administrative Chamber.

According to article 50 of the CAA, the established in article 4 would not be applicable to those arbitration agreements signed before the passing of the CAA. However, the Political-Administrative Chamber has indicated that in the mentioned cases, the authorization of the Ministry to which the State owned company was attached, was required for the validity of the arbitration agreement, and despite this was not a formality required by the Venezuelan legislation at the time of executing the arbitration agreement.

Apart from the above, article 5 of the recently modified 2008 Attorney General's Office Special Act establishes that public officers who intend to enter into an arbitration agreement on behalf of the government or a government agency, must require the legal opinion of the Attorney General's Office, which must be explicit and favourable. The absence of the mentioned opinion would not affect the validity of the arbitration agreement, but will generate personal responsibility on the public officer.

arbitrales constituidos en base a la Convención CIADI, los cuales, según lo dispuesto por la propia convención, deben ser reconocidos como sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales nacionales.

En base a lo anterior, hacemos un balance positivo de la sentencia dictada el 17 de octubre de 2008 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pues ha despejado toda duda sobre la posibilidad de recurrir al arbitraje previsto en los TBI, así como también ratificó la posibilidad de que el Estado suscriba válidamente acuerdos de arbitraje en su actividad contractual, aun cuando se trate de contratos de interés público.


The decision given by the Constitutional Chamber on 17 October 2008 ratified a particularly relevant criterion on the possibility to include arbitration clauses in public interest contracts. The criteria was first set by the Plenary Chamber of the Supreme Court of Justice in 1999, which construed the rule currently in article 151 of the Venezuelan Constitution on the manner that allows the submission to international arbitration when the nature of the contract allows so.

Regarding the recognition and enforcement of arbitral awards against the Bolivarian Republic of Venezuela, the Constitutional Chamber highlighted, once again, that the recognition and enforcement of arbitral awards will depend on the award not breaching national public policy rules, which is reasonable when the award has been rendered within the framework of the New York Convention. However, such a criterion would constitute a breach of the international obligations assumed by Venezuela if the award was rendered within the framework of the ICSID Convention. According to the ICSID Convention, the awards rendered must be recognized and enforced as if they were final and binding judgments rendered by a national court of the country where enforcement is sought.

On the basis of the above mentioned, we consider that the balance, after the judgment given by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, is positive for arbitration since any doubt on the validity of the offers of arbitration established in the BITs was clarified. Furthermore, the Constitutional Chamber ratified that the State is empowered to enter into valid arbitration agreements in the practice of the contractual activity, even if the contract is one of those classified as of public interest.

(*)Miembro de Hoet Pelaez Castillo & Duque
Profesor de Postgrado de la UCAB
Jtorrealba@hpcd.com

Member of Hoet Pelaez Castillo & Duque
Lecturer at the postgraduate courses UCAB
Jtorrealba@hpcd.com



Instrucción de la Causa en el procedimiento arbitral CEDCA

Según lo previsto en el Reglamento de CEDCA, el Tribunal Arbitral instruirá la causa en el tiempo más breve posible de acuerdo con el procedimiento convenido por las partes. En caso de no lograrse acuerdo, el Tribunal Arbitral podrá, sujeto a la normativa de CEDCA, dirigir la instrucción de la causa del modo que considere más adecuado. Dicha facultad otorgada al Tribunal se extiende a determinar la admisibilidad, el modo, lugar y tiempo para la evacuación de las pruebas, así como su valoración.

A solicitud de parte o de oficio, el Tribunal Arbitral podrá una vez examinados los escritos y documentos presentados por las partes, ordenar un debate oral de los mismos. Igualmente, podrá en todo momento durante el arbitraje, requerir a las partes que aporten pruebas adicionales.

La terminación de la instrucción de la causa, será declarada por el Tribunal cuando éste considere que las partes han tenido oportunidad suficiente para demostrar sus alegatos y, una vez declarada la terminación de la instrucción no se admitirán nuevas pruebas, salvo requerimiento o autorización expresa del Tribunal Arbitral.

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)
Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)

Director Ejecutivo / Executive Director
Milagros Betancourt C.

**Director Técnico - Secretario Ejecutivo / Technical
Director-Executive Secretary**
Greyza Ojeda Freites

Asistente Legal / Legal Assistant
Andrés Jiménez Martínez

CONTACTENOS / CONTACT US
2sa. Avenida de Campo Alegre, Torre Credival Piso 6. Caracas
Teléfono / Phone: 263.08.33, Ext.: 152, 220 o 221
www.cedca.org.ve